CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

PRINCIPII GENERALI SULLE LEGGI

PRINCIPII GENERALI
SULLE LEGGI

SPIEGAZIONE DELLE DISPOSIZIONI

PREMESSE

AL CODICE CIVILE ITALIANO

SULLA PUBBLICAZIONE, INTERPRETAZIONE
ED APPLICAZIONE DELLE LEGGI IN GENERALE

TRATTATO

DELL'AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO BIANCHI

Professore emerito di diritto civile, Consigliere di Stato

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, VIA CARLO ALBERTO, 33
1888

AVVERTENZA

Esponendo i principii fondamentali per tutte le leggi in generale, non si può prescindere da alcune teorie di somma importanza, quali sono principalmente quelle concernenti l'errore di diritto, la simulazione negli atti, e le nullità di questi.

Nella parte preliminare dei trattati di diritto civile si suole limitarsi alle nozioni più elementari su tali argomenti, riserbandosi di svolgerle e dimostrarle con maggiore profondità nelle applicazioni multiformi, che occorre poi di farne alle varie materie regolate dal codice; nelle quali la speciale natura di ciascuna rende spesso necessarie alcune limitazioni e modificazioni ai principii dimostrati.

Ne risulta facilmente qualche imperfezione nella teoria generale, qualche sconnessione nelle nozioni particolari che vengono date poi spiegando le singole materie trattate nel codice, e rimane in ultimo a chi studia il bisogno d'un lavoro faticoso e non facile, per coordinare quelle nozioni e formarsene un concetto compiuto.

Parve utile pertanto il dare in questo libro uno sviluppo maggiore del consueto alle teorie sopra cennate,

spingendosi a mostrarne le applicazioni principali nelle varie parti del diritto civile, e riducendole così a sistema coordinato e completo.

Se non che tale proposito rese inevitabile di anticipare in questo stesso trattato preliminare l'esposizione di alcuni dei principii riguardanti particolari istituti giuridici, dei quali si dovrà parlare estesamente più tardi. Ciò potrà forse meritare censura sotto l'aspetto del metodo; ma valga a scusarne lo scopo d'utilità pratica, che è l'unico a cui mira questo lavoro.

Roma, ottobre 1888.

NOZIONI PRELIMINARI

Delle Leggi e del Diritto.

Sommario. — 1. Significati diversi in cui si prende la parola *lèggi;* loro definizione nel più stretto senso. — 2. Principali distinzioni tra le leggi. — 3. Leggi naturali e leggi positive. — 4. Conseguenze che la dottrina suol dedurre dalla differenza dei caratteri distintivi tra le leggi naturali e le positive. — 5. Quando possano essere assunte le leggi naturali come elemento di decisione nelle controversie giudiziali. — 6. L'essere sanzionato da una legge positiva un precetto di diritto naturale, non può attribuire a quella effetto retroattivo. — 7. Non tutte le leggi positive, che sanzionino principii di diritto naturale, possono ritenersi indistintamente applicabili anche agli stranieri. — 8. Leggi di diritto pubblico, e leggi di diritto privato. — 9. Leggi d'ordine pubblico, e leggi d'interesse privato. — 10. Leggi dispositive, dichiarative, interpretative. — 11. Leggi imperative, proibitive, permissive. — 12. Leggi generali, speciali, eccezionali. — 13. Leggi personali e leggi reali. — 14. Criteri per discernere le une dalle altre. — 15. Se possa ammettersi che vi siano leggi le quali contengano insieme i caratteri di personali e di reali. — 16. Se in caso di dubbio sia da ritenersi piuttosto la personalità o la realità d'una determinata disposizione di legge. — 17. Quando possano avere virtù obbligatoria, al pari delle leggi vere e proprie, i decreti, i regolamenti ed altri atti emanati dal potere esecutivo, o dalle autorità amministrative. — 18. Condizioni per la obbligatorietà delle leggi, intese sia nel senso più stretto e speciale, sia nel più ampio e generico. — 19. Quando possa l'autorità giudiziaria negare l'applicazione di disposizioni addotte come leggi. — 20. Quando possa l'autorità stessa negare l'applicazione di regolamenti e decreti del potere esecutivo, o di atti dell'autorità amministrativa. — 21. Caratteri ed effetti delle disposizioni date dal potere esecutivo per delegazione legislativa. — 22. Poteri dell'autorità giudiziaria in ordine all'applicazione di disposizioni date dal governo per mandato legislativo. — 23. Quando abbia a reputarsi esaurito il mandato legislativo. — 24. Significati diversi della parola *diritto.* — 25. Della giurisprudenza. — 26. Principali distinzioni del diritto considerato come un complesso di leggi. — 27. Delle consuetudini in generale. — 28. Consuetudini consacrate espressamente dalla legge. — 29. Consuetudini contrarie alle leggi. — 30. Consuetudini

non sanzionate espressamente dalle leggi, ma non contrarie ad esse. — 31. Requisiti il cui concorso è necessario per costituire le consuetudini, nei casi in cui esse possono avere efficacia giuridica. — 32. Mezzi di prova ammissibili per accertare l'esistenza delle consuetudini. — 33. Del diritto inteso come ragione giuridica esercibile contro una persona o sopra una cosa. — 34. Limiti entro i quali è libero l'esercizio dei diritti conceduti o guarentiti dalle leggi. — 35. Diritti naturali, diritti civili e diritti politici. — 36. Diritti personali e diritti reali. — 37. Caratteri specifici dei diritti personali, e dei diritti reali. — 38. Diritti mobiliari, e diritti immobiliari. — 39. Diritti acquisiti. — 40. Diritti eventuali. — 41. Diritti facoltativi, e semplici facoltà. — 42. Opinioni diverse intorno ai caratteri pei quali si distinguono i diritti facoltativi. — 43. Giustizia, ed equità. — 44. Ragioni delle disposizioni premesse al Codice civile italiano intorno alla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale. — 45. Estensione da attribuirsi all'applicabilità delle disposizioni generali premesse al Codice civile.

1. Nel più ampio senso la parola *legge* significa una *norma stabile di azione;* e poichè a tali norme sono soggetti tutti gli esseri, animati o inanimati, ragionevoli od irragionevoli, è quindi governato da leggi il mondo corporeo, come lo spirituale, il religioso, e il sociale.

Le leggi morali, particolari all'uomo, sono *regole delle azioni umane aventi per principio il libero esercizio dell'intelligenza e della volontà;* e la conformità a tali regole costituisce la *giustizia*, che è *interna* rispetto alla volontà, *esterna* rispetto agli atti esteriori che si conformano a quelle leggi. La prima però è di appartenenza esclusiva della religione e della morale; la seconda soltanto forma oggetto della scienza del diritto.

Le leggi nel senso giuridico — in quanto, cioè, se ne possa esigere, coi mezzi coercitivi spettanti al potere sociale, l'osservanza esteriore — sono *regole obbligatorie imposte alle azioni umane da un'autorità alla quale è dovuta obbedienza;* sotto il quale aspetto possono comprendersi, oltre ai precetti dettati dal legislatore umano, e che prendono il nome di *leggi positive*, quelli ancora che sono rivelati all'uomo col mezzo della ragione, e diconsi *leggi naturali.*

Restringendosi alle *leggi positive*, ma intendendo queste ancora in un senso generale, esse consistono in *tutte quelle regole obbligatorie che per l'interesse comune siano imposte*

alla generalità dei cittadini dalle autorità competenti secondo le costituzioni dello Stato vigenti al tempo in cui vengono emanate. Ma in senso più stretto, e secondo la divisione dei poteri stabilita dallo Statuto del regno, non sono leggi vere e proprie se non quelle che emanano dal potere legislativo; cioè *i precetti giuridici proposti dal Re o dal Senato o dalla Camera dei Deputati, adottati in seduta pubblica da ciascuna delle due Camere a maggioranza di voti, sanzionati e promulgati dal Re.*

2. La dottrina insegna diverse distinzioni tra le leggi, secondo i vari aspetti sotto i quali possono essere considerate. E ci proponiamo di accennar qui le principali tra queste distinzioni, dimostrandone i concetti fondamentali, per quanto lo reputiamo necessario alle applicazioni che nella pratica accade non infrequentemente di doverne fare.

In ragione della loro origine, ossia dell'autorità da cui emanano, le leggi si distinguono in *naturali* e *positive.*

Le *positive*, in ragione dello scopo che si propongono di conseguire, ovvero dell'ordine di rapporti che tendono a regolare, si suddividono in costituzionali, politiche, amministrative, internazionali, penali, civili, commerciali ed altre; e più comprensivamente in *leggi di diritto pubblico* e *di diritto privato.*

Queste ultime però si attengono talora direttamente e principalmente all'interesse generale, più ancora che all'interesse particolare dei singoli cittadini; ed allora si dicono *leggi d'ordine pubblico*, per contrapposto alle altre, che sono semplicemente *d'interesse privato.*

In relazione al loro contenuto si distinguono le leggi in *dispositive, dichiarative* e *interpretative;* e le prime si suddistinguono in *imperative* ovvero *precettive, proibitive, facoltative* ovvero *permissive.*

Per rispetto alla estensione loro, ed in comparazione anche d'altre leggi, sono *generali*, o *speciali* od *eccezionali.*

Dal loro oggetto diretto, principale e predominante desumono la qualificazione di *personali* o di *reali*.

3. Per *leggi naturali* intendiamo *le regole prefisse dall'Autore della natura alle azioni degli uomini nei loro rapporti reciproci*, e *ad essi rivelate col mezzo della coscienza e del progressivo perfezionamento della loro ragione.*

Leggi positive sono invece *quelle che regolano le azioni degli uomini costituiti nello stato di società civile, e che emanano dal potere sociale con ordini regolarmente promulgati.*

Zachariæ disse: le leggi naturali esser *quelle che regolano le relazioni tra gli uomini nello stato di natura.* Ed i suoi traduttori ed annotatori, signori Aubry e Rau, osservarono che entrando in tale ordine di idee il diritto naturale dovrebbe definirsi: " il complesso dei precetti giuridici, dai " quali sono regolate le relazioni tra gli uomini, consi- " derati fittiziamente come viventi in uno stato estra- " sociale „ (1). Ma più tardi nella insigne loro opera, in cui rifusero, notevolmente ampliandola, quella del Zachariæ, notarono che lo stato di natura supposto in quella definizione essendo contrario agl'istinti ed ai bisogni di socievolezza dell'uomo, non è quindi ammissibile neppure sotto specie di finzione; definirono il diritto naturale per " l'insieme dei precetti o delle regole di condotta *legit- " timamente suscettibili, secondo la natura stessa degli atti a " cui si applicano, di divenire oggetto d'una coercizione este- " riore* „; ed a spiegazione del loro concetto soggiunsero che " il criterio onde determinare quali siano i precetti " legittimamente suscettibili di divenire oggetto d'una " coercizione esteriore risiede nella coscienza collettiva di " ciascun popolo; e poichè il senso morale d'una nazione " va modificandosi secondo il grado di sua civilizzazione, " il diritto naturale non può dunque costituire un corpo " completo di precetti assoluti e immutabili; che vera-

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 2, n. 1.

" mente alcuni di essi hanno questi caratteri, e debbono
" considerarsi come anteriori e superiori a qualunque
" legislazione positiva — come la personalità dell'uomo,
" il diritto di proprietà, la costituzione della famiglia, la
" libertà e la forza obbligatoria delle convenzioni, e la
" necessità dello Stato — ma solo non sono determinabili
" *a priori* le regole destinate ad organizzare e svolgere
" questi principii, regole le quali non presentano fuorchè
" un carattere contingente e variabile „ (1).

Lasciando da parte il dubbio se la formola proposta dagli illustri autori offra elementi abbastanza precisi per una definizione; ci limitiamo ad osservare come il concetto fondamentale di essa sembri consistere nel riconoscere solo a metà quello che altri contestano del tutto, la esistenza cioè del diritto naturale. Questo sarebbe costituito soltanto da pochi precetti generali, assoluti, immutabili, che nessun legislatore umano potrebbe disconoscere; ma tutte le regole secondarie destinate a svolgere ed applicare alle varie contingenze della vita e delle relazioni umane quei grandi principii, apparterrebbero esclusivamente alla legislazione positiva.

Ma, poichè gli uomini furono destinati da Dio alla convivenza sociale, questa è dunque necessariamente soggetta a norme stabilite da Lui, il complesso delle quali costituisce quello appunto che dicesi *diritto naturale;* diritto anteriore ad ogni legge positiva, fondato sulla natura dell'uomo e delle società civili — come ha detto egregiamente un moderno e celebre scrittore — " diritto eterno,
" che è l'espressione della giustizia assoluta, che si rivela
" alla coscienza degli uomini man mano che si avvicinano
" alla perfezione divina. Il diritto è progressivo, come tutte
" le manifestazioni dello spirito umano; esso tende inces-
" santemente a realizzare la giustizia assoluta. È dovere
" del legislatore di seguire i progressi che si compiono

(1) V. Aubry e Rau, t. 1, § 2, n. 2.

" nella coscienza generale; è dovere del giureconsulto di
" preparare questi progressi „ (1).

Secondo queste idee, che ci sembrano le più esatte e più degne, il diritto naturale si concepisce nel complesso di quelle leggi che dovrebbero regolare le azioni dell'uomo in società, supponendo il suo maggiore perfezionamento possibile. Le leggi positive non sono che ausiliarie alle naturali, e son destinate ad attuar queste, secondo i progressi della intelligenza umana, e secondo le condizioni particolari di ciascuna società civile. La coscienza generale, per mezzo di cui si manifestano le verità del diritto naturale inteso in tal modo, dev'essere costantemente seguìta dal legislatore nel dettare i precetti suoi; nè egli può far leggi buone se si allontana da quella guida, e le fa pessime se vi si oppone. Certamente nel largo campo delle applicazioni di quei sommi principii certi ed evidenti, che sono impressi nella mente e nel cuore di tutti gli uomini, che il senso morale comune rivela come norme essenziali della convivenza sociale, può esservi e vi è molto di contingente per le condizioni particolari e varie in cui ciascun popolo può trovarsi, molto di mutabile pel continuo progredire delle cognizioni umane.

Ma la contingenza non è, nè può essere propria dei principii eterni della giustizia assoluta, bensì è carattere distintivo delle applicazioni di quei principii ai rapporti ed alle condizioni particolari che possono esistere in società variamente costituite; la mutabilità non può riguardare le norme prefisse da Dio alla convivenza sociale, bensì l'opera del legislatore umano, il quale per successivi perfezionamenti vien conformando i precetti suoi a quel tipo supremo di giustizia universale e immutabile, a cui l'umanità aspira, e che è rappresentato dal diritto naturale.

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n. 4, 5, pag. 50, 51.

4. Dalle nozioni finora esposte sono giustificate le differenze che la dottrina suol notare nei caratteri che distinguono le leggi naturali dalle positive. Le prime — si dice — sono universali, immutabili, e la loro forza di obbligare è indipendente da qualunque promulgazione; mentre le seconde sono particolari di ciascuno Stato in cui vengono emanate, possono subire abrogazione o derogazioni, nè obbligano se non quando siano state regolarmente promulgate.

E da ciò alcuni autori deducono ulteriori conseguenze, le quali potrebbero avere nella pratica una importanza grandissima.

Dalla esistenza delle leggi naturali, indipendente da qualsiasi sanzione e promulgazione del potere pubblico, si vuole derivarne che quelle leggi abbiano per se stesse virtù obbligatoria e suscettibile di coercizione esteriore, ancorchè non si trovino consacrate da alcun testo della legislazione positiva, purchè solo questa non abbia espressamente disposto in contrario; o in altre parole, che tutti i principii del diritto naturale, non contraddetti manifestamente da una disposizione espressa, debbano riguardarsi come implicitamente ammessi a far parte della legislazione civile.

Da ciò poi si vuol trarre eziandio che qualora la legge positiva non faccia che sanzionare un principio di diritto naturale, essa sia senz'altro applicabile anche ai casi anteriori, sui quali non sia stato già pronunciato giudizialmente, nè transatto, senzachè perciò s'incorra nel vizio di retroattività.

Infine, dalla universalità, che è propria delle leggi naturali, si argomenta che le leggi positive, le quali consacrino e sanzionino principii di diritto naturale, debbano applicarsi anche alle persone straniere, quali che siano le massime stabilite in ciascuno Stato rispetto all'applicabilità delle leggi di esso ai forestieri.

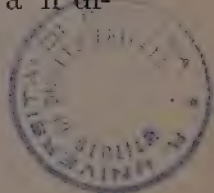
Se non che a qualche altro illustre scrittore parve che le stesse differenze, riferite in principio di questo numero,

tra le leggi naturali e le positive, sebbene sostanzialmente vere, fossero espresse in una forma troppo assoluta, tale da porre in una inopportuna opposizione il diritto naturale a fronte del diritto positivo. Molto più poi gli parvero improntate d'una teorica esagerata e soverchiamente assoluta le suaccennate conseguenze, che da quella distinzione si dedurrebbero. E con lungo e dotto ragionamento si propose di dimostrare: non essere leggi vere, cioè regole civilmente obbligatorie, fuorchè le leggi positive, sanzionate dal potere pubblico: le pure regole di diritto naturale, che non siano espressamente, od almeno implicitamente consacrate dal diritto positivo, non potere aver forza esecutiva, nè quindi servir di base a condanne giudiziali: la sola promulgazione d'una legge positiva, da cui sia consacrato un principio di diritto naturale, attribuire a questo la virtù di obbligar civilmente, ed anche una tal legge esser quindi soggetta al principio generale che le nega ogni effetto retroattivo (1).

Se veramente le differenze sopra segnalate tra il diritto naturale e il positivo avessero a stabilire tra essi quell'antagonismo che l'illustre autore vi scorge, non esiteremmo a riguardare senz'altro come inammissibile una teoria che condurrebbe all'assurdo; non essendo possibile considerare il diritto positivo come il contrapposto del diritto naturale, ch'esso tende anzi ad attuare secondo lo stato della coscienza pubblica, secondo il grado di civilizzazione, i bisogni e i costumi di quella società per la quale le leggi positive sono dettate. Ma non ci sembra che una tale conseguenza derivi logicamente dalla predetta distinzione. Per quanto siano essenzialmente differenti — come sono incontestabilmente — i caratteri distintivi delle leggi naturali e delle leggi positive, non è possibile trovare in contraddizione e in conflitto le une colle altre, se non supponendo identico il loro campo d'azione, identici

(1) V. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. I, n. 5-12, 113.

gli effetti che debbono produrre, talchè nell'attuazione appunto di questi effetti possa verificarsi il contrasto dipendente dalla diversa essenza di quei due ordini di leggi. Ora, è nella differenza dei mezzi d'azione e degli effetti appartenenti a ciascuno di tali ordini di leggi, che crediamo risiedere il principio col quale può risolversi ogni difficoltà in questo punto di dubbio. Delle leggi positive può esigersi l'osservanza esteriore coi mezzi coercitivi dati dal potere pubblico. Le leggi naturali invece hanno in se stesse la virtù di obbligare, sono anche suscettibili di divenire legittimamente oggetto di coercizione esteriore; ma questa potenza non si traduce in atto, il braccio della giustizia e l'impiego dei mezzi coercitivi non può essere invocato, se non per disposizione emanata dall'autorità che regge la società civile. Non saranno buone leggi quelle che stabiliscano norme arbitrarie, non appoggiate ai principii del diritto naturale, saranno pessime quelle che ai precetti di esso contraddicano, ma costituiranno pur sempre regole civilmente obbligatorie; mentre un mero precetto di diritto naturale avrà in se stesso la virtù di obbligare, avrà pure l'attitudine a divenire oggetto d'una coercizione esteriore, ma non lo diverrà in effetto se non per la sanzione del potere pubblico.

Reputiamo pertanto vere ed esatte le proposizioni enunciate dal Demolombe, che *regole civilmente obbligatorie* siano unicamente le *leggi positive*, che quindi la sola promulgazione d'una di tali leggi, la quale consacri espressamente o implicitamente un precetto di diritto naturale, valga ad attribuire a questo precetto la forza obbligatoria civile; senza però trovar nulla di troppo assoluto nè di pericoloso nell'affermare che le leggi naturali, a differenza delle positive, siano preesistenti a queste, universali, immutabili, ed obbligatorie indipendentemente da qualunque promulgazione; e senza temere che con tale distinzione si venga a stabilire una specie di antagonismo tra il diritto naturale e il positivo.

Ma sono poi giuste le conseguenze, che dalla distinzione stessa son tratte da alcuni autori, e che sopra segnalammo? È una questione diversa; potendo esser vero il principio e mal dedotte le conchiusioni. E di ciò proponiamo di occuparci nei numeri seguenti.

5. Accennammo superiormente ad una dottrina generale ed assoluta, per la quale vorrebbesi stabilire che le regole di diritto naturale preesistendo al diritto positivo, ed essendo indipendenti da esso, basti che le leggi positive non abbiano disposto in contrario, perchè per loro propria virtù quelle regole abbiano efficacia di obbligare anche civilmente alla loro osservanza.

Per quanta però sia l'apparenza di fondamento logico, che questa proposizione può a primo aspetto presentare, crediamo che le riflessioni già fatte nel numero precedente bastino a dimostrare che un tale fondamento non sussiste. Il ragionamento, che abbiamo riferito, correrebbe irrefutabilmente fino alla sua conclusione, se fosse da ammettersi che i precetti di diritto naturale avessero per se stessi la virtù di obbligare anche civilmente. Allora sarebbe vero il dire, che questa virtù loro propria non perdessero, se non quando fossero contraddetti o derogati dalla legge positiva. Ma, al contrario, quei precetti sono bensì *leggi* nel senso giuridico generale, — cioè regole obbligatorie delle azioni umane, e suscettibili anche, per la natura loro, di dar luogo a coercizione esteriore. Però questa forza di coercizione non può esser data che dal potere pubblico, a cui spetta di determinare quali, tra le molte e spesso controverse regole di diritto naturale, debbano rendersi civilmente obbligatorie: senza di che i rapporti tra i cittadini vagherebbero per gran parte nella incertezza, e sarebbero abbandonati all'arbitrio. Non può dunque bastare il silenzio della legge positiva, il non essere in nessuna sua disposizione contraddetto un precetto di diritto naturale, per attribuire senz'altro a questo la

virtù di obbligare anche civilmente, di dar luogo a coercizione esteriore. Tutt'al più potrà ammettersi che non sia indispensabile la consacrazione espressa d'un determinato principio di diritto naturale, ma basti l'accettazione implicita di esso nella legge positiva, perchè gli sia comunicata la medesima forza obbligatoria di questa.

Dal concetto appunto che basti l'ammissione implicita d'un precetto di diritto naturale, per attribuirgli l'efficacia stessa d'una legge positiva, ebbe origine un altro sistema; pel quale, facendo fondamento sul principio proclamato nell'art. 4 del codice civile francese, che un giudice non può mai ricusar di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, e commentandolo col dire che " il giudice dovrà sempre pronunciare supplendo, " quando occorra, alla legge, sia col mezzo d'induzioni " tratte dalle stesse disposizioni di essa, sia ricorrendo " alla giurisprudenza dei tribunali, alla dottrina degli " autori, alle decisioni dei giureconsulti romani, *sia, in* " *fine, decidendosi secondo le proprie cognizioni*, e *secondo i* " *principii della ragione e della equità* „ se ne conchiude che colla massima stabilita in quell'articolo " *tutti i prin-* " *cipii del diritto naturale sono stati tacitamente consa-* " *crati* „ (1).

A questa idea si è vivamente opposto il Demolombe, nel luogo che abbiam già sopra citato. Egli reputa inammissibile che l'art. 4 del Codice francese " autorizzi a " ritenere sanzionate così collettivamente, ed erette indi- " stintamente in leggi civili obbligatorie tutte le regole " di diritto naturale „; ed opina che qualora in un giudizio l'attore non possa invocare, in appoggio della sua domanda, che *una pura regola di diritto naturale, non sanzionata, neppure indirettamente, nè implicitamente dalla legge positiva*, il giudice non debba accogliere le conclusioni di lui, e soddisfaccia abbastanza al dovere di decidere la

---

(1) V. Marcadé, *Explic. théor. et prat. du Code Napoléon*, art. 4, t. I, n. 80.

controversia, rigettando la domanda dell'attore stesso, siccome non fondata. Ci sembra però che quest'ultima argomentazione, considerata un po' più addentro della prima sua apparenza, si risolva in una vera e manifesta petizione di principio. — Se in una causa, nella quale l'attore non potesse appoggiare la propria domanda fuorchè ad un principio di diritto naturale, non sanzionato neppure implicitamente dalla legge positiva, avesse a reputarsi che l'autorità giudicante adempisse bastantemente l'obbligo suo di decidere la controversia col respingere la domanda stessa come non fondata, ed assolvere il convenuto; ciò non potrebb'essere, se non perchè quel precetto di diritto naturale non potesse nel giudizio civile ricevere applicazione. Ond'è chiaro che con una risoluzione di tal natura non si fa altro in sostanza che presupporre quello precisamente che è in questione.

La massima che l'oscurità, l'imperfezione od anche la mancanza assoluta di regole del diritto positivo intorno ad un determinato rapporto giuridico, non possa giustificare mai di non rendere giustizia a chi legittimamente la invochi, è insegnata dalla ragione come una necessità suprema d'ordine sociale, prima che essere scritta nelle legislazioni positive; come noi pure la troviamo sancita nell'art. 235 del Codice penale, che contempla e punisce come denegazione di giustizia il rifiuto di giudicare *sotto pretesto di silenzio, oscurità, contraddizione od insufficienza della legge* e nell'art. 782, n. 2° del Codice di procedura civile, che dichiara civilmente responsabili le autorità giudiziarie “ quando rifiutino di provvedere sulle domande „ delle parti, o tralascino di giudicare sopra affari che „ si trovino in istato d'essere decisi „. Al principio che niuno possa rendersi giustizia di proprio arbitrio, deve corrispondere come conseguenza logica irrepugnabile l'altro che sia obbligo strettissimo dell'autorità giudiziaria di risolvere qualunque controversia sottopostale legittimamente. Nè a questo precetto sarebbe soddisfatto, fuorchè per la

forma, col solo respingere la domanda dell'attore, siccome non fondata sopra un testo positivo di legge. Non può esservi rapporto giuridico, il quale non trovi nei principii di diritto i mezzi per risolvere le controversie, che intorno ad esso si sollevino. Se anche manchi una precisa disposizione di legge, a cui ricorrere, sarà ben raro certamente il caso che col mezzo della interpretazione giudiziale, sia indagando l'intenzione del legislatore in tutta l'estensione sua, sia applicando a questioni non prevedute le disposizioni scritte per casi simili o materie analoghe, non si giunga a scoprire nella stessa legislazione positiva il fondamento per la decisione. Ma quando pure questo caso, non impossibile, si verifichi, non mancheranno però mai per risolvere le controversie i *principii generali del diritto*, quei principii fondamentali del diritto naturale, che la scienza insegna e la coscienza generale ammette come preesistenti ad ogni legge positiva, certi, immutabili, universali. Se la domanda dell'attore sia conforme a tali principii, sarà mai possibile respingerla come infondata, perchè non abbia alcun testo positivo di legge a cui appoggiarsi? Il buon diritto non starebbe però meno in favore di questo attore, il quale ciò non ostante sarebbe ridotto a non poter confidare che in se stesso per rendersi ragione. È sotto questo aspetto che non sapremmo uniformarci alla teoria insegnata dal Demolombe, che nega ai precetti di diritto naturale qualunque valore per servir di base a condanne giudiziali, qualora non siano, o espressamente, o implicitamente almeno, consecrati dal diritto positivo.

Per altro nemmeno reputiamo esente da qualunque censura la dottrina contraria, professata dal Marcadé; secondo la quale *tutti i precetti del diritto naturale dovrebbero riguardarsi come tacitamente consacrati dal diritto positivo*. È questa una massima enunciata in forma troppo generale ed assoluta, e nella quale ci sembra di scorgere esagerazione in un duplice aspetto. In primo luogo, non

sono tutte quelle che si dicono regole di diritto naturale, a cui, sebbene non ammesse nè espressamente nè implicitamente nel diritto positivo, si possa ricorrere per la risoluzione delle controversie giudiziali. Se alcune di esse sono accettate universalmente e costantemente, e ritenute da tutti come certe ed immutabili, altre molte invece formano oggetto delle più vive dispute, e lasciano luogo a dissidenze ed incertezze. Ora, non potrebb'essere lecito ai giudici, nel decidere le contestazioni private, di far prevalere, entrando nel campo del controvertibile scientifico, le teorie particolari da essi individualmente professate. Ciò sarebbe in opposizione allo scopo essenziale delle leggi positive, che consiste appunto nel prevenire le incertezze e gli arbitrii. In difetto di tali leggi, e nella necessità di pur risolvere secondo il diritto le controversie che insorgano, possono e debbono supplire i principii generali da tutti ammessi come incontrovertibili e fondamentali, non le opinioni individuali dei giudicanti, che creino teorie da essi vagheggiate come migliori. In secondo luogo poi, non sembra neppure completamente esatto l'affermare che per doversi applicare, in supplemento alle leggi positive deficienti, i principii generali del diritto, questi abbiano a reputarsi implicitamente consacrati dal diritto positivo, quasi a formare parte integrante di esso. Diritto naturale e diritto positivo si distinguono l'uno dall'altro per caratteri d'una differenza tanto profonda, da non potersi mai confonderli in alcuna parte. Nè vi è ragione di decampare da questo concetto fondamentale per la necessità, che in alcun caso si verifichi, di ricorrere supplementarmente ai principii generali del diritto, in difetto della legge positiva, per risolvere qualche controversia.

Crediamo, del resto, che quanto abbiam detto trovi appoggio nella dichiarazione espressa contenuta nell'art. 3°, § 2° delle disposizioni generali sulle leggi, premesse al nostro Codice civile. Quell'articolo, infatti, dopo avere accennato nel § 1° alle principali norme d'interpretazione

delle leggi, e nel 2° agli argomenti di analogia, coi quali si possono decidere le contestazioni, in mancanza di precise disposizioni ad esse applicabili, stabilisce in ultimo: che “ *ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo* “ *i principii generali di diritto* „.

Veramente nel modo d'intendere queste parole nel citato art. 3 delle disposizioni preliminari del Codice non sono concordi gli scrittori.

Il Saredo, nell'accuratissimo ed importante suo *Trattato delle leggi*, afferma che “ nè le parole del legislatore sardo, “ nè quelle del legislatore italiano hanno saputo ben pre- “ cisare cosa veramente intendano con queste parole “ *principii generali di diritto* „. Ma si può dire in sostanza “ che il concetto contenuto in queste parole è complesso, “ e che da un'analisi di esso si possono considerare come “ elementi d'interpretazione, nel silenzio della legge:

“ 1° Le regole fondamentali del nostro diritto pubblico;

“ 2° Le regole del diritto privato in quanto sono “ generali;

“ 3° Le tradizioni legislative, che hanno in qualche “ modo preparato il diritto vigente „ (1).

Il Pacifici-Mazzoni insegnava doversi intendere per *principii generali di diritto* “ le teorie del diritto, formate “ coll'operazione dell'astrazione eseguita, sia sui singoli “ istituti, sia sull'intera legislazione, e che perciò servi- “ rono certamente di guida al legislatore nel comporre “ gli uni e l'altra „ e ricordava come una vieta dottrina quella che “ la insufficienza della legge scritta debba “ essere riparata mercè il sussidio del diritto naturale „ dicendola una dottrina “ erronea in sè, piena di pericoli per “ l'arbitrio sconfinato che lascia al giudice, segnatamente “ in mezzo a tanti sistemi di filosofia del diritto, e incom- “ patibile col testo e collo spirito della nostra legge „ (2).

---

(1) V. Saredo, *Trattato delle leggi*, vol. I, n. 630, 631, p. 426, 427.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3ª ediz., vol. I, n. 21, n. 2.

Secondo il Borsari i *principii generali di diritto*, a cui bisogna ricorrere dove manchino leggi positive, le quali direttamente o per analogia offrano il mezzo di risolvere una controversia, non sarebbero altro che le norme dettate dalla *semplice ragione*, ispirate dal *sentimento della equità* " che tuttavia male si direbbe *diritto naturale*, non " essendo questo per il giureconsulto che una forma ele- " mentare del diritto, e non si potrebbe invocare come " norma distinta „ (1).

Ciò che dice il Saredo è perfettamente vero. Se manchi una legge positiva particolare, che possa precisamente applicarsi ad un determinato punto controverso, ma vi siano regole generali stabilite dalla stessa legislazione positiva, siano poi di diritto pubblico o di diritto privato, sotto le quali il caso in disputa possa ridursi, è indubitabile che prima ancora di ricorrere ad argomenti di analogia dedotti da disposizioni regolatrici di casi o materie simili, si dovrà riferirsi a quelle regole generali ed applicarle, combinandole anche, se ne sia caso, coi detti argomenti di analogia. Ed è parimente indubitabile che ad interpretare le regole, siano poi speciali o generali, del diritto positivo, per determinare se siano applicabili al punto in questione, dev'essere di sussidio importantissimo l'elemento storico, dedotto dalle *tradizioni legislative che prepararono il diritto vigente*. Ma tutto ciò non risolve, a veder nostro, il quesito del come debbano intendersi quei *principii generali di diritto*, ai quali si riferisce l'art. 3° delle disposizioni preliminari per la decisione delle controversie la cui soluzione non possa ottenersi coll'applicazione di nessuna norma del diritto positivo.

Il sistema proposto dal Pacifici-Mazzoni non pare in sostanza che la riproduzione della teorica professata dal Demolombe, il quale nella risoluzione delle controversie giudiziali nega l'applicabilità di qualunque norma che non

(1) V. Borsari, *Commentario del Codice civile*, vol. I, § 42, pag. 76.

sia scritta nella legislazione positiva, e reputa doversi in tal caso dai giudici respingere l'istanza dell'attore come non fondata. Se non che, trovandosi a fronte d'un testo del Codice italiano, che si riferisce espressamente ai *principii generali di diritto*, pel caso che non si trovino in precise disposizioni di legge i mezzi per decidere le controversie, l'autore ha studiato un mezzo di conciliazione coll'idea da lui seguìta, dicendo che i giudici dovranno *formare le teorie del diritto coll'operazione dell'astrazione eseguita, sia sui singoli istituti, sia sull'intera legislazione.* Quanto si acquisti con questa formola nella chiarezza e sicurezza delle norme da adottarsi; quanto si tolga all'arbitrio dei giudici, del quale si temono i pericoli; confessiamo che per noi riesce troppo difficile il comprenderlo. Bensì intendiamo facilmente come i timori di arbitrio siansi concepiti riferendosi a quella dottrina troppo assoluta, che il Demolombe combattè, e che consisteva nel ritenere tacitamente e collettivamente consacrati dal diritto positivo tutti quei precetti di diritto naturale, che non siano contraddetti da testi di legge. Bisognava però dimenticare che l'art. 3° delle disposizioni preliminari al Codice italiano parla soltanto dei *principii generali di diritto*, di quelli cioè che sono universalmente ammessi dalla scienza, nè sono soggetti a controversie che li pongano seriamente in dubbio. Ritenuto ciò, diviene troppo chiaro che ogni pericolo di arbitrio rimane rimosso, e che al silenzio dei testi di legge si supplisce con norme altrettanto sicure, costanti, note a tutti, preesistenti allo stesso diritto positivo. Crediamo poi che dalla esposizione, che ci proponiamo di fare a luogo opportuno, della origine storica e dei motivi di questo art. 3 delle disposizioni preliminari, risulterà facilmente come il senso da noi attribuito a questa indicazione dei *principii generali di diritto*, sia tutt'altro che incompatibile — come si afferma — col testo e collo spirito della nostra legge; anzi vi sia perfettamente conforme.

Troppo lata ci sembra la interpretazione data dal Borsari, là dove dice che in mancanza di leggi positive debba il giudice prendere per guida *la ragione semplice, il sentimento della equità*. Ciò aprirebbe manifestamente un ampio campo all'arbitrio. La missione del giudice è di applicare norme dettate da un'autorità superiore, non d'imporre come regole d'azione ai cittadini i dettami della propria ragione e della propria coscienza. L'una e l'altra gli saranno di aiuto ad applicare rettamente le leggi positive, o in loro mancanza quelle regole che sono nella coscienza di tutti, che sono riconosciute come principii certi di diritto; ma a tali regole non gli è lecito sostituire le percezioni ed i sentimenti individuali propri.

Se è esatto, come crediamo, il modo, che accennammo, d'intendere i *principii generali di diritto,* ai quali si riferisce l'art. 3 delle disposizioni preliminari al nostro Codice, ne risulta chiarita eziandio la importanza che debba attribuirsi al diritto romano come elemento suppletivo alla possibile deficienza delle leggi vigenti per la risoluzione di qualche speciale controversia. Sarebbe una esagerazione evidente considerare come aventi valore di vere leggi le regole del diritto romano, sia pure nei soli punti che non formino soggetto di precise disposizioni nella legislazione attuale. L'art. 48 delle disposizioni transitorie ha tolto intorno a ciò qualunque dubbiezza possibile, dichiarando espressamente che “ *nelle materie* formanti soggetto “ del nuovo Codice cessarono di aver forza dal giorno “ dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali “ o speciali „.

Ma il corpo delle leggi romane contiene regole sapientissime, che la coscienza universale ammette come principii certi ed immutabili di diritto. Tali regole debbono perciò essere applicate, secondo l'art. 3° delle disposizioni preliminari al Codice attuale, ogni volta che una controversia non si possa decidere nè con una precisa disposizione delle leggi vigenti, nè ricorrendo ad altre disposizioni

date per casi simili o materie analoghe. E la sentenza che in codesti casi risolvesse la contestazione senza osservare quelle regole, sarebbe soggetta a censura; non perchè contraddicendo alle norme del diritto romano avesse violate leggi aventi vigore attuale come tali, ma perchè avrebbe violato l'art. 3° delle disposizioni preliminari del Codice, disapplicando i *principii generali di diritto*, a cui secondo quella disposizione doveva conformarsi nel decidere la causa, in mancanza di testo preciso e di argomenti di analogia delle leggi vigenti.

A questo proposito ci sembrano giustissime le parole scritte dal Borsari nel luogo che abbiamo sopra citato:

" Il diritto romano non è richiamato in vigore come " legislazione, neppure in modo supplementare; ma in " quanto è un tesoro di principii, di regole e di criteri, " su cui in gran parte è costituita la scienza del diritto, " alla quale sono informati i Codici moderni. L'ufficio " pertanto, che rimane importantissimo al diritto romano, " è duplice: illustrare la dottrina nelle parti in cui il " Codice toglie da esso, e porgere i principii generali a " supplemento del Codice nei casi sfuggiti alla sua determinazione " (1).

6. Dalle differenze caratteristiche sopra notate tra il diritto naturale e il diritto positivo si vuol derivare come seconda conseguenza, che una legge, la quale non

(1) Nella giurisprudenza nostrale trovasi ammesso in qualche sentenza il concetto seguìto poi dal Pacifici-Mazzoni.

In una decisione della Corte di cassazione di Palermo del 21 giugno 1873, in causa Di Maria, Genovese-Santuccio, fu infatti ritenuto che per *principii generali del diritto*, nell'art. 3 delle disposizioni preliminari, non debbano intendersi fuorchè quelli che risultino dal complesso delle leggi positive vigenti.

In altra decisione della Corte di cassazione di Firenze, 17 giugno 1875, in causa Saladini, Moreschi-Brugnoligo, fu stabilito che sebbene le leggi romane non siano da considerarsi propriamente come fonti suppletive di diritto positivo, i giudici però possono, nel silenzio delle leggi vigenti, attingere da quelle le dottrine e gli appoggi di autorità per risolvere le controversie.

faccia che proclamare un principio di diritto naturale, possa per ciò stesso applicarsi anche ai casi anteriori, senzachè vi si opponga il principio che le leggi dispongono solo per l'avvenire, e non hanno effetto retroattivo. Anche qui però ci sembra manifesto dedursi una conclusione erronea da un principio per se stesso vero. E se fosse altrimenti, l'irretroattività delle leggi positive diverrebbe eccezione, invece d'essere la regola; poichè esse tendono generalmente a sanzionare i precetti di diritto naturale, od almeno ad applicarli secondo le condizioni ed i bisogni della nazione per cui quelle leggi son fatte.

Ma d'onde si trae la pretesa regola di retroattività delle leggi che contengano principii di diritto naturale? Dal riflettere che questi sono preesistenti alle leggi positive; le quali perciò, se non facciano che consacrarli, aggiungendo la sanzione civile alla virtù obbligatoria che già avevano i precetti di diritto naturale, possano applicarsi anche ai casi anteriori, purchè non ancora decisi nè transatti, senza produrre effetto retroattivo. Ora, il vizio di quest'argomentazione riesce palese, solo che si richiami quanto già abbiam notato; cioè, che i precetti di diritto naturale hanno bensì in se medesimi la virtù di obbligare, e la suscettibilità eziandio di divenire oggetto di coercizione esteriore; ma questa non può tradursi in atto, nè quindi i precetti di diritto naturale divengono regole civilmente obbligatorie, se non quando per leggi regolarmente promulgate entrino a far parte del diritto positivo. Dopo ciò è troppo chiaro che a queste, non meno che a tutte le altre leggi, devesi applicare il principio che esse non abbiano effetto retroattivo, se si hanno a conseguire gli scopi pei quali questa regola fu stabilita, se si vuole che le leggi nuove non vengano a sconvolgere diritti acquisiti sotto l'impero delle leggi anteriori. — Certamente, se si suppone che una legge nuova regoli un rapporto non contemplato da alcuna disposizione precedente, e sul quale non potesse decidersi neppure con

argomenti di analogia dedotti da altre disposizioni fatte per casi o materie simili, poichè la controversia andrebbe risolta secondo i *principii generali di diritto*, non cesserebbero questi d'essere applicabili ai casi anteriori perchè fossero stati trasfusi nella nuova disposizione di legge; ma non da questa dipenderebbe la loro applicazione, bensì soltanto dalla regola stabilita nell'art. 3 delle disposizioni preliminari del Codice.

7. Dalla universalità caratteristica dei precetti di diritto naturale si vuole argomentare — come già accennammo — che le leggi positive da cui essi siano sanzionati debbano avere applicazione indistintamente anche per gli stranieri. Anche questa deduzione è però manifestamente esagerata, perchè non vi si tiene conto della massima che i principii stessi di diritto naturale non divengono regole civilmente obbligatorie se non per la sanzione che ad essi sia data dal potere pubblico dello Stato, con disposizioni legalmente promulgate. Ora l'essere applicabili ad uno straniero per determinati rapporti giuridici le leggi positive nostre, o piuttosto quelle dello Stato a cui egli appartenga, dipende da principii e da norme positive particolari, delle quali dovremo occuparci appresso, e in cui non ha alcuna influenza il distinguere se quelle leggi abbiano o no proclamato semplici principii di diritto naturale.

Senza dubbio, vi è una quantità di regole fondate nelle necessità della socievolezza umana, assentite dalla coscienza di tutti, ammesse universalmente senza distinzione di nazioni, il complesso delle quali regole, nei rapporti internazionali, costituisce un diritto comune. Ma per ciò stesso è rimossa allora ogni possibilità di conflitto tra le leggi nazionali e le straniere, d'onde possa sorger questione se quelle o queste debbano applicarsi a chi non appartenga allo Stato.

A rincontro però vi sono ancora molte altre regole, le quali, sebbene dirette a conformarsi per via di successivi

perfezionamenti ai sommi principii del diritto naturale, li svolgono e li applicano in modi differenti, secondo le condizioni, il grado di civilizzazione, i caratteri, i costumi, i bisogni di ciascuna nazione. È nell'applicazione di queste regole, che può verificarsi conflitto tra le leggi d'un paese e quelle d'un altro; ed è evidente che nel risolvere tale conflitto, più che alla maggiore o minore conformità dell'una o dell'altra legge ai principii del diritto naturale, è da aversi riguardo all'indipendenza di ciascuna nazione; che in principio non è tenuta ad ammettere nel proprio territorio l'applicazione di leggi straniere, ma per ragioni di convenienza reciproca può essere indotta a permettere od a prescrivere, entro certi limiti, che i propri tribunali debbano applicare in dati casi le leggi d'un altro paese.

L'universalità dei precetti di diritto naturale non autorizza dunque a conchiuderne che le leggi positive, dalle quali quei precetti siano convertiti in regole civilmente obbligatorie, debbano essere applicabili indistintamente tanto ai cittadini che agli stranieri.

8. Secondo l'ordine differente di rapporti che contemplano, le leggi appartengono al *diritto pubblico* od al *diritto privato.*

Sono *di diritto pubblico* quelle che regolano i rapporti dello Stato coi cittadini considerati collettivamente od individualmente, o cogli altri Stati; e nel primo caso si dicono di *diritto pubblico interno,* nel secondo di *diritto pubblico esterno.* Sono invece *di diritto privato* quelle leggi che regolano i rapporti particolari tra i cittadini.

Spettano pertanto al diritto pubblico interno le *leggi costituzionali;* cioè quelle che stabiliscono la forma del governo, l'estensione ed i limiti dei poteri posti a capo dello Stato, i diritti e i doveri dei cittadini in generale. Vi appartengono pure le *leggi politiche,* le quali determinano la partecipazione più o meno immediata dei cittadini

all'esercizio del potere pubblico, col mezzo specialmente delle elezioni e della eleggibilità.

Vi appartengono eziandio le leggi *amministrative*, concernenti la gestione degl'interessi collettivi, l'amministrazione della cosa pubblica; le quali hanno per iscopo di assicurare l'adempimento dei pubblici servizi, la polizia, la sanità, la sicurezza pubblica, la giusta ripartizione delle imposte; di proteggere gl'interessi dei Comuni, degli stabilimenti pubblici d'istruzione, d'educazione, di beneficenza; di far luogo alle espropriazioni che si rendano necessarie per causa di pubblica utilità; di sindacare le contabilità dello Stato e risolvere le vertenze che insorgano relativamente a quelle, o ad altri atti o provvedimenti delle autorità; di provvedere in fine a tutte quelle particolarità ed a quelle numerose applicazioni, a cui possono dar luogo i principii stabiliti per la gestione degli affari pubblici.

Vi appartengono anche le leggi costituenti nel loro complesso il *diritto criminale;* quelle cioè che hanno per oggetto la persecuzione e la punizione dei reati commessi contro la società stessa direttamente, o contro i privati, tanto per la parte che riguarda la sola repressione, e che prende più specialmente la denominazione di *diritto penale*, quanto per la parte relativa al procedimento; poichè le leggi relative sì all'una che all'altra materia avendo per iscopo l'incolumità sociale, entrano incontestabilmente a far parte del diritto pubblico interno.

Spettano al diritto pubblico esterno, e si dicono di *diritto internazionale pubblico* le regole concernenti i rapporti tra Stato e Stato, od anche tra lo Stato, come tale, e i cittadini d'uno Stato diverso; mentre si dicono di *diritto internazionale privato* quelle regole che riguardano le relazioni tra più particolari appartenenti a Stati diversi.

Spettano al diritto privato, principalmente, le leggi *civili* e le *commerciali*. Le prime regolano i rapporti particolari tra cittadini e cittadini, indipendentemente dalle norme speciali a cui questi possano andare soggetti o per

ragione di qualità loro personali, o per ragione dei beni intorno a cui quei rapporti versino, o degli atti che vi diano luogo; come avviene appunto per le leggi commerciali, marittime, forestali, ecc.

Nelle *leggi civili* intendiamo comprese non solo quelle che compongono il diritto civile che si dice *teorico*, le quali determinano appunto i diritti dei cittadini nei rapporti privati; ma eziandio le altre che costituiscono il *diritto civile pratico*, cioè stabiliscono le regole da osservarsi affinchè i privati ottengano che sia fatta ragione a quei loro diritti, determinando i mezzi per farli valere, e i modi e le forme con cui debba procedersi nell'impiego di tali mezzi. E reputiamo erronea l'opinione manifestata da uno scrittore, che classificava fra le leggi di *diritto pubblico* quelle di *procedura civile*, osservando che esse stabiliscono " *le forme per l'esercizio della forza coercitiva del diritto, per sciogliere le controversie nate sopra un dato diritto* „ (1); forse volendo con ciò accennare all'idea che nel procedimento dei giudizi civili riscontrandosi una specie di organizzazione del potere pubblico, una certa parte di sovranità conferita ai magistrati per rendere giustizia, i precetti che regolano tale procedimento debbano perciò considerarsi come parte integrante del diritto pubblico interno. Ma se — come non è dubbio — nel distinguer le leggi di diritto pubblico da quelle di diritto privato devesi avere riguardo alla natura dei rapporti ch'esse tendono a regolare, è certo del pari che a quest'ultimo ordine di leggi debbonsi assegnare quelle del procedimento civile, poichè la loro missione non è altro che di far luogo all'applicazione pratica di quei rapporti che dalle leggi civili sono determinati, di porli in movimento e in azione, ed effettuare la loro utilità finale. A rendere più manifesta l'erroneità dell'opinione che combattiamo basti osservare ancora, che se le leggi processuali

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di dir. civ. it.*, 3ª ed., vol. I, n. 2, pag. 6.

dovessero veramente attribuirsi al diritto pubblico, nessuna derogazione sarebbe mai possibile alle loro disposizioni, perchè nessun privato contendente potrebbe mai con una propria rinuncia togliere effetto all' applicazione di una regola di diritto pubblico. Ora, tra le regole di diritto pratico, non diversamente da quelle di diritto teorico, ve ne sono alcune le quali hanno per iscopo diretto e principale l'interesse generale, ed altre che concernono, se non esclusivamente, certo principalmente e direttamente, gl'interessi particolari degl'individui; e se alle prime non è lecito derogare per volontà privata, è indubitabile però che ai benefici delle seconde possono liberamente rinunciare coloro a cui favore essi sono stabiliti. Così, per esempio, l'ordine delle giurisdizioni attenendosi indubitabilmente ed essenzialmente all'interesse generale, le parti non potrebbero cangiarlo, attribuendo ad un tribunale il potere di statuire sopra una loro controversia nella quale per materia o valore fosse incompetente (art. 69 Codice proc. civ.). Ma le forme delle citazioni e degli altri atti di procedura essendo stabilite a solo fine di guarentire gl'interessi privati dei contendenti, quella delle parti, che potendo opporre la nullità di quegli atti, trascuri di farla valere, e comparisca non ostante la nullità della citazione, o proponga le proprie difese in merito, senza opporre specificatamente nella comparsa successiva all'atto impugnabile la nullità di esso, sana con ciò tali nullità (articoli 190, 191 Cod. proc. civ.); poichè per volontà propria rende inutili e senza oggetto le guarentie che con quelle formalità la legge voleva assicurargli nel suo privato interesse, nè certamente offende con ciò in alcun modo l'ordine pubblico nè il buon costume.

Le leggi commerciali son quelle che riguardano la validità e gli effetti degli atti relativi ai negozi che hanno per oggetto di operare o facilitare gli scambi dei prodotti della natura o dell'industria, allo scopo di trarne profitti. Le leggi marittime possono entrare a far parte del diritto

pubblico quando abbiano per oggetto l'interesse generale della nazione, o del diritto internazionale qualora riguardino i rapporti colle altre nazioni, o del diritto privato in quanto si occupino dell'interesse individuale dei cittadini.

9. Oltre al senso vero e proprio, in cui secondo le idee esposte nel numero precedente debbono intendersi le *leggi di diritto pubblico*, questa espressione viene talvolta adoperata in un significato più esteso, comprendendovi pure quelle leggi, che sebbene volte direttamente a regolare i rapporti privati dei cittadini, tuttavia pel fine a cui sono dirette, per gli effetti risultanti dalla loro applicazione, si attengono all'interesse generale, che rimarrebbe offeso dalla loro inosservanza. In questo senso dicevano i G. C. Romani: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest; Privatorum conventio juri publico non derogat* (L. 38, ff. *De pactis*, L. 45, § 1, ff. *De reg. jur.*); e qualche autore moderno, seguendo lo stesso concetto, definì il diritto pubblico come comprendente “ tutte le leggi protettrici della “ morale, del buon ordine e della sicurezza, oltre a quelle “ che hanno per oggetto immediato l'organizzazione del “ corpo politico „ e limitò invece il diritto privato alle sole “ leggi dirette a regolare *gl'interessi pecuniari dei cit-* “ *tadini* fra loro „ (1).

È vero infatti che una parte delle leggi di diritto privato, quelle principalmente che regolano lo stato è la capacità delle persone, pei fini che si propongono, e per gli effetti risultanti dalla loro applicazione, partecipano in qualche modo allo stesso ordinamento sociale, e la loro osservanza è quindi necessaria per l'interesse pubblico. È indispensabile che in società sia attribuita dalla legge a ciascuno una posizione dipendente dalla sua nazionalità,

---

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes, et sur le titre préliminaire du Code civil*, t. I, pag. 6, 7.

dal sesso, dall'età, dalla condizione di coniugato o di celibe, di marito o di moglie, di padre o di figlio, di pienamente capace, o no, al governo delle proprie sostanze; e di questa posizione sociale assegnata a ciascuno, e che si dice *stato della persona*, è conseguenza la capacità o l'incapacità di essa all'esercizio di determinati diritti. Se il legislatore non facesse col suo potere supremo questa distribuzione di parti, o se le norme da lui stabilite in proposito potessero rimanere inosservate per contraria volontà dei privati, ne nascerebbero confusioni e disordini, che porterebbero i loro funesti effetti non solo sulle relazioni private dei cittadini, ma sullo stesso ordinamento sociale. Fingasi che ognuno possa a suo grado qualificarsi ed agire come cittadino o come straniero, come avente o non avente i diritti e gli obblighi di marito, di moglie, di padre di famiglia, di figlio di famiglia, come rivestito della qualità di figlio legittimo o di figlio illegittimo, come maggiore o minore di età, come capace a tutti gli atti della vita civile o come interdetto od inabilitato; e diverrà manifesto che tolta ogni stabilità alle norme regolatrici della posizione in cui ciascuna persona e ciascuna famiglia deve cooperare allo scopo sociale, verrà a mancare un fondamento sicuro all'ordinamento stesso della società, della quale le persone e le famiglie sono i componenti. È chiaro pertanto che a queste, come a tutte le altre leggi alla cui osservanza sia direttamente impegnato l'interesse pubblico, non è ammissibile che possa farsi alcuna derogazione per volontà dei privati, i quali sottraendosi all'applicazione di tali leggi, non rinuncierebbero solo a benefizi introdotti nel loro particolare vantaggio, ma disporrebbero di ciò che non è in loro potere, perchè riguarda l'interesse pubblico, che al solo legislatore spetta di regolare.

Precisamente in ciò avvi un punto di contatto evidente tra questa parte delle leggi di diritto privato e quelle di diritto pubblico; che queste ultime essendo tutte essenzialmente

attinenti all'interesse generale, escludono pure qualunque derogazione possibile alle loro disposizioni per effetto di convenzioni o disposizioni private. Ed è per questo carattere comune ai detti due ordini di leggi, che le parole — *leggi di diritto pubblico* — vengono talvolta estese, come avvertimmo, ad un significato più ampio di quello che è loro proprio, comprendendovi, oltre alle disposizioni che regolano i rapporti fra lo Stato e i cittadini, quelle eziandio che hanno veramente per subbietto i soli rapporti privati dei cittadini fra loro, ma pei fini a cui tendono e per gli effetti della loro applicazione involgono un interesse generale.

Nondimeno, per la esattezza delle idee e del linguaggio, che è pur tanta parte della scienza del diritto, giova meglio non confondere le *leggi di diritto pubblico* propriamente dette, con quelle che riguardano veramente i rapporti privati tra i cittadini, perchè regolano le relazioni particolari concernenti le persone ed i beni, fra marito e moglie, fra genitori e figli, fra tutori e tutelati, e la capacità a trasmettere ad altri o riceverne beni, o diritti sui beni, od a fare determinati atti, e formano perciò incontestabilmente parte del *diritto privato*, quantunque pei loro fini generali e pel risultamento dei loro effetti involgano anche l'interesse pubblico.

Fu in quest'ordine d'idee che venne proposta ed adottata dal Codice francese la denominazione di leggi *d'ordine pubblico*, essendosi detto nell'art. 6: non potersi derogare con particolari convenzioni " *alle leggi che interessano l'ordine* „ *pubblico e il buon costume* „. La qual forma di espressione fu poi seguìta nei Codici posteriori, ed anche nel Codice civile italiano, il quale nell'art. 12 delle disposizioni preliminari dichiarò che " in nessun caso . . . le private disposizioni " e convenzioni potranno derogare . . . alle *leggi riguardanti* " *in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume* „.

Leggi d'*ordine pubblico* diconsi pertanto quelle la cui osservanza è necessaria per l'interesse generale; talchè

non potendo i cittadini porre i propri interessi particolari al disopra dell'interesse sociale, senza rendere impossibile l'esistenza stessa della società, è quindi vietata ad essi assolutamente qualunque derogazione a quelle leggi; mentre le leggi che per contrapposto si dicono d'interesse privato, appunto perchè nella loro osservanza è impegnato il solo vantaggio particolare dei singoli cittadini, possono nelle private convenzioni o disposizioni essere derogate, essendo lecito ad ognuno il rinunziare ai benefizi introdotti in proprio favore.

Per altro quanto codesta distinzione è chiara e semplice in teoria, altrettanto può riuscirne ardua e spesso controvertibile l'applicazione; nè forse vi è altro principio di diritto di cui facciasi più frequente abuso che di questo, pel quale è vietata ogni derogazione di leggi d'ordine pubblico. Ed è facile comprenderne la ragione; poichè appena è possibile immaginare una legge, che sebbene diretta a regolare rapporti meramente privati, non tocchi in qualche modo, almeno indiretto, l'ordine pubblico, l'interesse generale.

Col proteggere gl'interessi individuali si provvede ad un tempo all'interesse pubblico, giacchè sono gl'individui che compongono la società, e ciascuno di loro ugualmente può avere ad ogni istante occasione d'invocare quelle leggi che riguardano appunto codeste relazioni meramente private. Prendansi pure ad esempio le disposizioni che più d'ogni altra hanno evidente questo carattere, ed alle quali indubbiamente si può sempre derogare per convenzione o disposizione privata; e sono quelle, che fondandosi sulla presumibile volontà delle parti, determinano gli effetti dei contratti pei casi in cui le parti stesse non li abbiano espressamente regolati. Forsechè non è d'interesse pubblico, indiretto almeno, che le convenzioni vengano adempite secondo giustizia e secondo la probabile intenzione di coloro dai quali furono contratte, che i rapporti tra le parti non rimangano incerti, che la definizione delle

controversie, alle quali quei contratti possono dar luogo, non sia abbandonata all'arbitrio, e in mancanza di espresse pattuizioni trovi fondamento in positive e chiare dichiarazioni di legge? Perciò parrebbe a noi troppo ampia la definizione delle leggi d'ordine pubblico, che qualche autore ha data dicendo: essere esse tutte quelle *che direttamente o indirettamente abbiano per iscopo l'interesse generale*, ed essere all'opposto di semplice diritto privato quelle che *abbiano per iscopo esclusivo il solo interesse particolare e relativo degl'individui* (1). Ma d'altra parte crederemmo non potersi limitare la qualificazione di leggi d'ordine pubblico a quelle sole che abbiano per *fine diretto e principale l'interesse generale*. Quest'ultima definizione non potrebbe infatti convenire fuorchè alle *leggi di diritto pubblico* vero e proprio, inteso nel senso rigoroso che abbiamo sopra indicato; e riuscirebbe ad escludere tutte le leggi di diritto privato, quantunque cooperanti essenzialmente all'ordine pubblico. Anche qui possiamo citare come esempio la classe di leggi, che più incontestabilmente e per consenso di tutti, quantunque appartengano veramente al diritto privato, sono però d'ordine pubblico, e non possono quindi andar soggette a veruna derogazione per patto o disposizione privata; e sono quelle concernenti lo stato e la capacità delle persone. Forsechè quando la legge regola l'autorità maritale, la patria podestà, lo stato di filiazione legittima o naturale, la tutela, si propone direttamente e principalmente di provvedere all'ordine pubblico? Evidentemente lo scopo principale e diretto di quelle disposizioni è invece di dar norme alle relazioni private e individuali di marito, di moglie, di padre di famiglia, di figlio di famiglia, di figlio legittimo, di figlio naturale, di tutore, di tutelato. L'ordine sociale, l'interesse pubblico entra bensì tra i fini anche di quelle disposizioni, ma indirettamente soltanto, e più che altro come effetto che dovrà risultare

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 17, 18.

necessariamente dall' essere rettamente regolate quelle relazioni personali e private.

Nella ricerca d'un concetto generale praticamente utile per la risoluzione delle difficoltà che possono incontrarsi a stabilire se una determinata disposizione di diritto privato riguardi però l'interesse generale, e per questa ragione non sia derogabile per volontà privata, non sapremmo trovarlo fuorchè risalendo alla ragione per la quale una simile derogazione è assolutamente vietata. Codesta ragione consiste, come accennammo, nel non potersi anteporre gli interessi individuali ai sociali, e nel doversi perciò rispettare, senza possibilità d'alcuna derogazione, quelle leggi la cui osservanza sia indispensabile per l'ordine pubblico. Unica norma da potersi seguire ci sembra pertanto questa: che, posta l'ipotesi d'una derogazione fatta per convenzione o disposizione privata ad una data legge, sia da chiedersi se per effetto di ciò ne rimarrebbe turbato l'ordine sociale, se ne sarebbe offeso l'interesse pubblico; e dove la risposta debba essere affermativa, sia da riguardarsi quella disposizione di legge come attinente all'ordine pubblico, e quella derogazione come vietata; dove all'opposto tutti gli effetti della convenzione o disposizione privata contraria alla legge si restringano alle sole relazioni individuali, ai soli interessi particolari, senza perturbazione dell'ordine sociale, senza offesa dell' interesse generale, quella convenzione o disposizione derogativa alla legge rimanga efficace. Certamente non è questo pure che un principio generale, da potersi forse accettare come guida per risolvere le gravi difficoltà che spesso si presentano in questa materia; ma non è tale da potersi assumere come norma che per sè sola sia praticamente e pienamente decisiva per tutti i casi. È nella specialità di ciascuna regola legislativa, è negli effetti derivabili dalla sua applicazione o dalla sua inosservanza, che potranno trovarsi gli elementi per decidere se quella determinata regola riguardi veramente l'ordine pubblico.

Del resto, i casi controvertibili si restringono a quelle leggi che sono propriamente *di diritto privato;* ed ancora per alcune di queste ogni dubbio è tolto, sia in virtù di dichiarazioni espresse del legislatore, sia di principii generali di diritto, in forza dei quali è impossibile escludere codeste leggi dal novero di quelle che sebbene appartenenti al diritto privato riguardano però l'ordine pubblico.

Già abbiam notato, infatti, che tutte le leggi di diritto pubblico, nel senso proprio e rigoroso di questa espressione, sono essenzialmente anche d'ordine pubblico; epperò sarebbe certamente ed assolutamente inefficace qualunque derogazione che per privata volontà s'intendesse di fare a qualsiasi disposizione di esse. Ciò non può ammettere il menomo dubbio. Sarebbe mai concepibile la facoltà spettante ad un privato d'imporre la volontà propria contro le disposizioni date dal legislatore per regolare i rapporti tra lo Stato e i cittadini?

Abbiamo pure ripetutamente osservato e dimostrato che tra le leggi di diritto privato debbono indubbiamente riguardarsi d'ordine pubblico quelle relative allo stato ed alla capacità delle persone, e come tali sono infatti ritenute concordemente e costantemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tra le leggi stesse di diritto privato e riguardanti, non lo stato e la capacità delle persone, ma i beni o gli atti, ve ne sono poi alcune che espressamente vietano ogni derogazione che si volesse fare alle loro disposizioni; e il Codice civile ne somministra parecchi esempi, specialmente negli articoli 281, 681, 1084, 1092, § 2°, 1118, § 2°, 1529, 1571, 1701, § 2°, 2107. Codeste proibizioni dimostrano indubitabilmente essersi considerate dal legislatore quelle sue disposizioni come attinenti all'ordine pubblico, e solo per rimuovere i dubbi, che su questo punto potessero nascere, essersi fatte quelle dichiarazioni esplicite; poichè altrimenti non vi sarebbe stata ragione per vietare ai cittadini di rinunciare a benefizi che fossero introdotti

nel solo loro privato interesse. E ciò, d'altra parte, fa luogo anche a potere argomentare da quelle disposizioni espresse per ritenerne parimente d'ordine pubblico altre, che siano stabilite per casi simili e in materie analoghe, senzachè tuttavia siano state dichiarate espressamente non derogabili.

Indipendentemente da tutto ciò, vi sono pure — come avvertimmo — principii generali di diritto, in virtù dei quali debbono necessariamente riguardarsi come attinenti all'ordine pubblico certe disposizioni di legge, quantunque per la natura dei rapporti da esse regolati appartengano veramente al diritto privato. Così le leggi riguardanti il buon costume sono tutte anche d'ordine pubblico, essendo questo manifestamente offeso da qualsiasi violazione della pubblica morale; tanto che anzi neppure sarebbe necessaria l'esistenza di queste leggi positive riguardanti il buon costume, per rendere nulle le disposizioni o convenzioni private che vi contravvenissero, giacchè ad ogni modo i contratti o gli atti contrari alla morale pubblica mancherebbero di efficacia giuridica, come fondati sopra una *causa illecita* (art. 1119, 1122 Cod. civ.). Così pure, in virtù d'un altro principio generale di diritto, non potrebbe esser lecito derogare con una convenzione od altro atto privato a quelle disposizioni di legge che siano dirette a guarentire l'interesse di terze persone. Si può rinunziare liberamente ai benefizi introdotti in proprio particolare vantaggio, non mai a quelli che siano stabiliti in favor d'altri non consenzienti a simile rinunzia. E d'altro lato, ciò ch'è disposto dalla legge nell'interesse dei terzi, per proteggere la buona fede e la sicurezza delle contrattazioni civili, di quelle in ispecie che hanno per oggetto trasmissioni di proprietà, rientra pure tra le leggi riguardanti l'ordine pubblico, inquantochè qualunque terzo, cioè il pubblico intero, ha interesse eventuale all'osservanza di quelle disposizioni. — Pertanto se in un atto d'acquisto della proprietà di beni immobili l'acquirente stipulasse

d'essere liberato dall'obbligo della trascrizione, e di potere ciò non ostante far valere il suo acquisto riguardo ai terzi, contrariamente alle disposizioni degli art. 1932 e 1942 Cod. civ.; se in un atto costitutivo d'ipoteca si pattuisse che il creditore fosse dispensato dall'obbligo della iscrizione, e la sua ipoteca producesse effetto e prendesse grado dalla data dell'atto medesimo, in onta alle regole scritte negli art. 1981, 2007 Cod. civ.; se in una scrittura privata di contratto si stabilisse che la data di esso fosse opponibile ai terzi senza bisogno che fosse divenuta certa per uno dei modi determinati nell'art. 1327 Cod. civ.; tutte codeste ed altre simili convenzioni non potrebbero avere efficacia alcuna.

Fuori dei casi pei quali, in materia di diritto privato, la proibizione di derogare per convenzione od atto particolare a certe disposizioni di legge sia in queste espressa, o si deduca per analogia da altre, o risulti dai principii generali di diritto sopra ricordati, non rimanendo che la massima stabilita nell'art. 12 delle disposizioni preliminari, secondo cui non sono derogabili le leggi riguardanti l'ordine pubblico, crediamo non potersi tenere altra via fuorchè quella già indicata; di esaminare, cioè, se la supposta derogazione ad una determinata disposizione di legge avrebbe veramente per effetto di turbare l'ordine della società, di offendere l'interesse generale. Ma poichè nell'applicazione di questa norma possono spesso incontrarsi dubbi assai gravi, importerebbe di stabilire con sicurezza un punto, intorno al quale la dottrina si mostra discorde. Secondo qualche autore, nel dubbio si dovrebbe piuttosto ritener valida la derogazione stipulata o disposta contro una legge di diritto privato, della quale non fosse bene accertato che dovesse riguardarsi come attinente all'ordine pubblico. " Quando vi è dubbio — così si " argomenta — intorno al carattere d'una disposizione, " che sembri appartenere al diritto privato, e nondimeno " interessare altresì all'ordine generale, è da temersi il

" pericolo che la possibilità di rinunciarvi finisca di fatto
" ad annientarla, e privare la società del vantaggio che
" essa poteva aspettarsene. L'esperienza ha dimostrato
" che, specialmente nei contratti interessati da ambe le
" parti, le rinuncie favorevoli allo stipulante o creditore
" sono quasi sempre imposte da lui al promittente o
" debitore, che è costretto a sottomettersi, e così esse
" divengono clausole d'uso in tutti gli atti „ (1).

Altri però ha opinato in contrario, che qualora non si tratti di leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone, ma relative ai *beni*, i quali formino oggetto di convenzioni, essendo di regola che le parti contraenti godano della più grande libertà nei loro contratti, e possano anche derogare alle leggi che li riguardano, la proibizione di tali derogazioni costituisca una *eccezione;* e perciò,
" sia necessario un interesse generale ben manifesto, per
" potersi ammettere ch'esso limiti la libertà delle parti
" contraenti, e produca la nullità delle convenzioni che
" vi deroghino „ (2).

Preferiremmo quest'ultima teoria, come, ad avviso nostro, più giuridica. È principio fondamentale e incontestabile di libertà civile, che nei contratti e negli atti privati sia lecito alle parti di disporre come stimino e vogliano dei loro particolari interessi, anche allontanandosi da quelle norme che il diritto privato stabilisce sul fondamento della loro presunta volontà, per non lasciare incerti i rapporti ch'esse non abbiano espressamente regolati; purchè a ciò non trovino ostacolo nel testo stesso della legge, che chiaramente vieti di derogare a determinate sue disposizioni, nè nell'ordine sociale e nella morale pubblica, che a quei loro patti si oppongano. In mancanza d'una proibizione espressa dal legislatore, non può dunque limitarsi la libertà delle convenzioni private, se non quando sia

(1) V. Demolombe, t. 1, n. 20.
(2) V. Laurent, t. I, n. 53, pag. 88.

chiaro che un dato patto sia inconciliabile coll' ordine pubblico o col buon costume. Il dubbio, se vi è, deve risolversi in favore della libertà, non contro. Inculcare ai magistrati la necessità che nei loro giudizi abbiano in mira il più scrupoloso rispetto all'ordine pubblico, è giusto; ma per annullare una convenzione come contraria all'ordine pubblico od al buon costume, è pure indispensabile che la violazione di essi contenuta in quella convenzione sia certamente e chiaramente dimostrata. Suggerire ai giudici che nei casi dubbi debbano preoccuparsi, più che tutto, del timore che l'interesse generale soffra detrimento, è quanto sostituire alla rigorosa applicazione della legge il sentimento individuale dei giudicanti; subordinare all'arbitrio la sorte delle contrattazioni private; erigere quasi in regola la limitazione della libertà delle parti indipendentemente dall' accertamento degli estremi che soli potrebbero giustificarla come eccezione; stabilire che nel dubbio si debba propendere per la nullità, anzichè per la validità degli atti. Il pericolo allegato, che certe clausole derogatorie alla legge divengano d'uso, e siano imposte abitualmente dai creditori ai debitori, non darebbe ragione di annullarle, se non supponendole contrarie all'ordine pubblico od al buon costume, mentre l'ipotesi di cui si disputa è appunto che ciò sia incerto. Se in cose di puro interesse privato divenissero d'uso clausole di derogazione alle disposizioni della legge, ciò significherebbe semplicemente che queste sarebbero difformi dai veri interessi delle parti, delle quali male avrebbero interpretata la presumibile volontà.

10. Le leggi, in generale, dispongono intorno a quei rapporti giuridici, che hanno per iscopo di regolare, comandando o proibendo certe azioni, o sul fondamento di dati atti o fatti attribuendo o negando determinati diritti.

Vi sono però leggi, le cui disposizioni hanno per solo oggetto di determinare i diritti e le obbligazioni derivabili

da contratti o da altri atti giuridici, pel caso in cui le parti contraenti o disponenti non abbiano stabilito nulla per regolare quei diritti e quelle obbligazioni. Le quali leggi diconsi *dichiarative*, ed hanno per carattere distintivo quello già sopra accennato, d'essere sempre derogabili per convenzione o disposizione di coloro al cui privato interesse unicamente riguardano. Ed anzi, poichè codeste leggi *dichiarative* non stanno che a rappresentare *la presunta volontà delle parti*, è chiaro dover sempre prevalere la volontà contraria o diversa di queste, in qualunque modo sia essa stata manifestata; sicchè non è punto necessaria una loro dichiarazione espressa in proposito, ma può bastare che la loro intenzione risulti anche implicitamente soltanto dal contesto dell'atto, e per argomenti d'induzione.

Si dicono *leggi interpretative* gli atti coi quali il potere legislativo dichiari il senso o l'estensione d'applicabilità di leggi precedenti. Se il senso di queste è oscuro od ambiguo, non può negarsi teoricamente al potere legislativo la facoltà di darne la spiegazione, la quale perciò abbia forza obbligatoria per tutti i magistrati giudicanti, per tutti i cittadini. Se una legge precedente non eccezionale contenga una enumerazione dei casi a cui sia applicabile, e rimanga dubbio se un altro caso determinato sia da ritenervisi soggetto, il potere legislativo può dichiarare virtualmente compreso nella legge medesima anche il caso che vi era materialmente omesso. Sì nell'una che nell'altra ipotesi non trattasi veramente d'altro che della *interpretazione* della legge anteriore; se non che l'emanar essa dal potere legislativo le attribuisce virtù obbligatoria generale, mentre la interpretazione giudiziaria obbliga le sole parti fra le quali ha esistito la controversia, e limitatamente all'oggetto della contestazione; e mentre la interpretazione dottrinale, che è opera soltanto dei giureconsulti, non può avere alcun effetto obbligatorio. In questo senso è detto nell'art. 73 dello Statuto del

regno che " l'interpretazione delle leggi, in modo per
" tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legis-
" lativo „.

Non deve però lasciarsi passare inosservato che la qualificazione di *leggi interpretative* si applica unicamente, come dicemmo, agli atti coi quali il potere legislativo dichiari il senso da attribuirsi a disposizioni di legge anteriori, non già a tutti quelli del potere medesimo, che abbiano per iscopo di riparare all'oscurità od ambiguità, o di provvedere alla insufficienza di quelle disposizioni. Un tale scopo può conseguirsi pure colla emanazione di altre leggi, in cui si correggano i difetti delle anteriori; ma allora sono in realtà leggi nuove, che si sostituiscono alle precedenti abrogandole, o vi si aggiungono completandole e perfezionandole; non sono semplici atti d'interpretazione, sebbene legislativa, che lascino sussistere le leggi anteriori quali erano, solo spiegandone il senso vero, in modo obbligatorio per tutti.

Questa materia delle leggi interpretative presenta difficoltà notevoli, ed ha dato luogo a gravi dissensi nella dottrina moderna, specialmente in ordine all'applicazione del principio che *la legge non dispone che per l'avvenire, e non ha effetto retroattivo.*

Non intendiamo di anticipare qui la discussione su questo punto, che riserbiamo alla trattazione della teoria sulla retroattività delle leggi; ciò che crediamo tanto più opportuno, perchè dovremo allora riferire, ad illustrazione dell'art. 2 delle disposizioni preliminari, l'ampia discussione che fu fatta dalla Commissione coordinatrice relativamente appunto alla retroattività, o non, delle leggi interpretative. Ma reputiamo utile intanto, ad esaurire l'argomento di cui ora ci occupiamo, il trattare di due quesiti alla cui risoluzione dovremo riferirci più tardi, ma che qui trovano la loro sede più naturale.

È ammissibile, in un governo costituzionale, che si facciano *leggi puramente interpretative* d'altre anteriori?

In caso, quale sarà l'indole propria di questi atti del potere legislativo, e quali saranno i caratteri che li distingueranno dalle leggi dispositive?

A primo aspetto può far meraviglia che il primo di questi dubbi sia anche solo proposto. Il potere legislativo, riconoscendo che una legge precedente sia oscura od ambigua, può senza dubbio con una legge nuova sostituire alla prima un altro testo, che offra la chiarezza desiderabile, nè si presti ad alcuna ambiguità. E perchè dunque dovrebb'essere escluso di limitarsi invece ad una semplice spiegazione della legge già esistente, quando ciò basti, nè vi sia motivo per alterarne il testo inteso nel vero suo senso, nè per apportarvi alcuna innovazione?

Eppure l'ammissibilità di leggi puramente interpretative è oggi contestata da molti; e ciò diede luogo ad importanti dispute presso la Commissione coordinatrice, allorchè si discuteva sull'art. 2 delle disposizioni preliminari del Codice italiano, come vedremo a suo tempo.

Il principio, che spetti a chi ha fatta la legge l'interpretarla con disposizione generale, risale al diritto romano (L. 12, C. *De legibus et constitutionibus*); ed è fondato sulla necessità, essendo indispensabile l'ufficio del potere legislativo per stabilire una interpretazione in modo obbligatorio per tutti, ed imporla ai magistrati giudicanti; e sulla convenienza, perchè niuno meglio del legislatore stesso può essere in grado di conoscere lo spirito delle leggi da lui dettate, e di risolvere i dubbi che si presentino per la loro applicazione.

Stabilita colle riforme politiche la separazione dei poteri, ed essendo perciò rigorosamente vietato ai giudici di pronunciare con disposizioni generali e regolamentari, fu loro permesso di riferire al potere legislativo chiedendo la interpretazione autentica delle leggi in cui la riconoscessero necessaria; e ciò fu anzi ingiunto pei casi in cui dopo due cassazioni di sentenze pronunciate nella stessa causa, fra le medesime parti e sovra identici mezzi, un terzo

tribunale, giudicando in sede di rinvio, avesse pronunciato conformemente alle due prime sentenze.

Questo sistema d'*interpretazione autentica obbligatoria*, che faceva dipendere da un atto del potere legislativo la definizione delle cause, insieme alla interpretazione generale delle leggi dalla cui applicazione dipendessero, presentava manifesti e gravissimi inconvenienti. Vi si provvide con una nuova riforma, adottata dalle legislazioni più moderne, e seguìta anche dalla nostra (art. 547 Cod. proc. civ.) essendosi stabilito che “ Quando, dopo la cassazione di “ una prima sentenza, la seconda, pronunziata dall'au-“ torità a cui fu rinviata la causa tra le stesse parti, che “ agiscono nella stessa qualità, sia impugnata per gli “ stessi motivi proposti contro la prima, la Corte pro-“ nunzia a sezioni riunite;

“ E se la seconda sentenza sia cassata per gli stessi “ motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria “ a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla deci-“ sione della Corte di cassazione nel punto di diritto, sul “ quale essa ha pronunciato „.

Così si pon fine in ogni caso alle liti coll'opera del solo potere giudiziario, il quale interpreta le leggi per quanto abbisogni per l'applicazione loro ai singoli casi controversi; e la necessità di ricorrere ad una interpretazione autentica e generale, è scomparsa.

Da ciò gli oppositori dell'interpretazione legislativa argomentano, che neppure facoltativamente abbia essa a farsi. Osservano che mentre per le ragioni ora dette non può più verificarsi la necessità d'una tale interpretazione per far luogo alla risoluzione di controversie giudiziali; d'altro lato l'ufficio di spiegare le leggi, quanto conviene ai magistrati incaricati di applicarle, altrettanto sarebbe inopportuno pel potere legislativo, specialmente in un governo ordinato a forma rappresentativa. Dov'era il principe solo che faceva le leggi, poteva dirsi con verità che niuno fosse più competente di lui a rivelare il senso vero di

quelle disposizioni ch'erano opera sua, o dei predecessori dei quali continuava le tradizioni. Dove invece il potere di far leggi è esercitato da più corpi, tra i quali può non esservi una perfetta unità di vedute, in alcuno dei quali può mancare lo spirito d'una tradizione continuata, il legislatore stesso sarebbe forse il meno adatto interprete di leggi anteriori. L'abitudine di deliberare per sole considerazioni d'interesse generale facilmente lo farebbe deviare da quel freddo ragionamento che occorre per determinare, non ciò che sia più vero, più giusto, più vantaggioso, ma quello solo che abbia veramente voluto l'autore della legge da interpretarsi. La difficoltà aumenterebbe quando si trattasse di dichiarare il senso di leggi emanate in altri tempi, sotto l'impulso di altri principii politici. Potrebbe verificarsi talora che non si riuscisse ad ottenere l'accordo, tra i corpi che partecipano del potere legislativo, nello stabilire la interpretazione su cui fossero interrogati; e in tal caso gl'inconvenienti si renderebbero più gravi. Sarebbe pure da temersi che sotto specie di spiegare il senso di leggi preesistenti se ne facessero in realtà delle nuove, dando ad esse effetto retroattivo.

I giureconsulti che nella Commissione coordinatrice propugnarono queste idee, vollero pure rispondere alla grave obbiezione nascente dalla disposizione espressa dell'art. 73 dello Statuto del regno; e dissero che con tale disposizione " non si era inteso di stabilire in modo positivo che " avessero a farsi delle leggi interpretative, ma solo si " era voluto ripetere e sanzionare di nuovo la prescrizione, " che già stava nell'art. 16 del Codice Albertino, per cui " si aboliva quel potere, che si erano anticamente arro- " gato i magistrati allora supremi, di rendere obbligatorie " le massime d'interpretazione derivanti dalle loro deci- " sioni solenni e motivate „ (1).

---

(1) V. *Processi verbali*, n. 41, V, pag. 609, 611.

Non può certo negarsi la gravità di tali considerazioni; ma ci sembra che se esse dimostrano la convenienza di restringere a casi ben rari l'emanazione di leggi interpretative, non giustificano però l'assunto per cui si vorrebbe negare assolutamente al potere legislativo la facoltà di farne.

Cogli ordinamenti attuali non può più avvenire che una interpretazione legislativa si renda indispensabile per non lasciare indecise alcune controversie giudiziali; ciò è vero, ma non esclude che, se non necessità, possa esservi interesse pubblico di provocare dal potere legislativo la spiegazione autentica e obbligatoria per tutti del vero senso di leggi, intorno alle quali si verifichi una contrarietà di decisioni, che moltiplichi le liti e lasci incerti i diritti delle parti. E ciò può tanto più verificarsi dove non sia, come non è ora fra noi, una Corte suprema unica, che mantenga in ogni parte del dritto la unità della giurisprudenza. Ma, a parte anche questa particolare e transitoria condizione nostra, può essere talvolta d'interesse pubblico, segnatamente in alcune materie speciali, che il senso in cui debbano intendersi ed applicarsi certe disposizioni sia stabilito in modo generale ed immutabile; il che non si ottiene nemmeno colle decisioni pronunciate dalla Cassazione a sezioni riunite, giacchè quand'anche la sentenza proferita in sede di rinvio venga cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, la decisione della Corte di cassazione obbliga bensì, quanto al punto di diritto su cui essa ha pronunciato, l'autorità giudiziaria alla quale è rinviata la causa, ma solamente fra le stesse parti contendenti e relativamente a quel determinato oggetto di controversia, mentre per ogni altro affare o fra altre parti o per una diversa causa di domanda sì quella che ogni altra autorità giudiziaria e la Corte stessa di cassazione possono adottare una interpretazione diversa.

Che l'ufficio d'interpretare le leggi sia più opportunamente esercitato dai magistrati nell' applicarle ai casi

singoli, che dal potere legislativo in forma generale ed obbligatoriamente per tutti, è anche innegabile; ma se da ciò è logico il dedurre che in nessun caso debba esser mai obbligatorio il ricercare la interpretazione legislativa, e che anche facoltativamente non vi si debba ricorrere che rarissimamente, non ne è dimostrato però che in particolari circostanze, nelle quali siavi interesse pubblico a fissare per determinate disposizioni di legge una interpretazione immutabile, che le autorità giudiziarie non possono dare, debba tuttavia essere impedito di chiedere una tale interpretazione al potere legislativo, che solo può stabilirla. Nè basta l'opporre che all'oscurità od ambiguità d'una legge preesistente può ripararsi con un'altra nuova, senza ricorrere alla interpretazione legislativa della prima; poichè se con ciò si provvederebbe ai casi futuri, non si rimedierebbe però al danno pubblico derivabile talora dalle incertezze e dalle contraddizioni della giurisprudenza nell'applicazione di certe disposizioni di legge ai molti casi che possono essersi già verificati.

Le difficoltà, che si rimostrano, a poter ottenere dai corpi che esercitano il potere legislativo una buona interpretazione di leggi anteriori, supposto pure che non siano esagerate, non rispondono però a questa osservazione; che qualche volta può essere inevitabile per gravissimo interesse pubblico il chiedere al predetto potere, intorno a certe leggi, quella interpretazione autentica ch'esso solo può dare. E se anche avvenisse che tra quei corpi non si riuscisse a formare accordo circa il senso da attribuirsi alla legge di cui si trattasse, ciò impedirebbe di conseguire il vantaggio che si desiderava per l'interesse generale, ma non peggiorerebbe la condizione delle cose, lasciando la legge oscura od ambigua alla interpretazione giudiziale pei singoli casi di sua applicazione. — L'allegato pericolo che sotto l'apparenza d'interpretare si innovi, dando alla disposizione un effetto retroattivo, è immaginario, e non temibile di fronte al potere legislativo; il quale del resto

non avrebbe motivi di dissimulare così le innovazioni reali che volesse fare a leggi anteriori, poichè anche alle disposizioni che emanasse apertamente come nuove potrebbe dare effetto retroattivo, qualora lo reputasse necessario per l'interesse pubblico.

Oltre a tutto ciò, sembra poi irrefragabile che la questione sia risolta decisivamente per noi dal testo espresso dall'art. 73 dello Statuto. Ancorchè la sua origine storica riveli che motivo di quella disposizione sia stato di proibire ai magistrati l'interpretare le leggi in modo generale ed obbligatorio per tutti, non è però possibile disconoscere che dichiarando *spettare esclusivamente al potere legislativo l'interpretare le leggi in modo per tutti obbligatorio*, non si è solo negata una simile facoltà alle autorità giudiziarie, ma la si è positivamente affermata nel potere legislativo. Nel concetto meramente negativo, supposto dagli opinanti in contrario, sarebbesi dovuto dire semplicemente *vietato ai giudici di pronunciare le loro decisioni in modo generale e regolamentare*.

Non è dunque possibile escludere assolutamente la interpretazione legislativa, per quanto possano e debbano essere rarissimi i casi in cui essa venga invocata e pronunciata.

Posto ciò, ne nasce poi l'altro quesito sopra accennato, riguardante l'indole ed i caratteri speciali da attribuirsi a codeste leggi interpretative, per differenziarle dalle altre, che siano dispositive o dichiarative. Intorno a ciò un valentissimo commentatore del Codice francese spiegò concetti, che reputiamo veri in principio, quantunque le conseguenze dedottene dall'autore non ci sembrino completamente esatte.

Egli osservava che l'interpretazione per se stessa, qualunque sia la fonte da cui derivi, non può mai essere che *dottrinale*, poichè non contiene nè un precetto, nè una proibizione, nè una permissione, che non preesistesse; che l'atto col quale il potere legislativo spieghi il senso

di leggi anteriori contiene sempre, sia espressamente, sia implicitamente, due elementi distinti, cioè: 1° la interpretazione; 2° l'ordine a tutti di accettarla; e ne conchiudeva che l'atto d'interpretazione legislativa contenendo necessariamente nel medesimo tempo una spiegazione ed un ordine, e non potendo sotto il primo rapporto considerarsi come una legge, perchè nulla vi è di comune fra il *comandare*, che forma oggetto di essa, e lo *spiegare*, che forma oggetto della interpretazione, sia dunque improprio il dare a quell'atto il nome di *legge interpretativa* (1). Ora, che la interpretazione non sia mai altro che la spiegazione del vero senso d'una legge preesistente, nè in ciò apporti differenza l'esser data quella spiegazione dal potere stesso legislativo, è certamente incontestabile. Che la interpretazione autentica contenga l'ordine, se non altro implicito, di osservare ed applicare la legge interpretata in un determinato senso, è parimente indubitabile. Ma piuttosto che dedurre da ciò che l'atto, con cui il potere legislativo interpreti una legge anteriore, non abbia esso medesimo i caratteri veri e propri d'una legge, ci sembra anzi logica la conchiusione contraria.

Postochè si conviene, nè sarebbe possibile dissentire, che la interpretazione legislativa contiene necessariamente e virtualmente, ancorchè non sia stato espresso, l'ordine che impone ai cittadini di osservare, ai magistrati di applicare la legge interpretata, in quel determinato senso che si dichiara essere veramente il suo, non vediamo poi come possa negarsi che ciò costituisca veramente una disposizione legislativa, coi caratteri e cogli effetti che di essa son propri; quantunque non si tratti d'una disposizione la quale regoli diversamente di prima quel determinato rapporto giuridico che formava oggetto della legge interpretata. Si pretende di separare la interpretazione

---

(1) V. Marcadé, *Explic. théor. et prat. du Code Napoléon*, t. I, art. 2, § 2, n. 41, 42.

dall'ordine di accettarla, dicendo che questo e non quella è veramente una legge, e che perciò è affatto impropria l'appellazione di *leggi interpretative*. Ma è poi possibile questa separazione? In fatto essa non sussiste mai, nè è supponibile che il legislatore pronunci prima la spiegazione d'una legge oscura od ambigua, e solo più tardi dia l'ordine di conformarsi a quella interpretazione. Neppure giuridicamente ed astrattamente è concepibile una simile distinzione, dal momento che il solo essere emanata una interpretazione dal potere legislativo implica virtualmente e necessariamente il comando del potere stesso di osservare ed applicare la legge preesistente nel senso in cui viene interpretata.

Crediamo pertanto che la denominazione consacrata dall'uso di *leggi interpretative* non meriti d'essere censurata come impropria; che l'atto col quale il potere legislativo non faccia che spiegare il senso vero d'una legge anteriore, rivesta però esso medesimo i caratteri e debba avere tutti gli effetti che sono propri delle leggi in generale; tenuto solo conto di ciò, che questa disposizione legislativa non costituisce una regola nuova circa quel determinato rapporto giuridico, che forma oggetto della legge interpretata. Quali conseguenze possano derivarsi da questi principii in ordine all'applicazione della regola che le leggi dispongono solo per l'avvenire e non hanno effetto retroattivo, lo vedremo poi a luogo più opportuno.

Qualche scrittore ha indicato, oltre alle *dispositive*, *dichiarative*, e *interpretative*, un'altra classe di leggi, che si chiamerebbero *direttive*; e sarebbero quelle nelle quali " il legislatore spiega teoricamente le relazioni delle cose " a fine di stabilire le basi razionali delle sue disposi- " zioni „ alla qual classe apparterrebbero specialmente e per la maggior parte le definizioni date nei Codici (1). A noi sembra però che questa suddistinzione non abbia ragione

(1) V. Pacifici-Mazzoni, op. cit., vol. I, n. 11, pag. 31.

d'essere; e che le disposizioni di cui si parla, se pure abbiano i caratteri veri e propri di leggi, rientrino senza altro nel novero delle *dispositive.* Supposto che il legislatore stimasse opportuno di porre a far parte di un Codice o di leggi particolari qualche dichiarazione teorica, o di esprimere i motivi delle proprie disposizioni — del che forse difficilmente si troverebbero esempi nella legislazione nostra — codeste enunciazioni di principii giuridici accettati o di scopi propostisi, anzichè costituire leggi nel senso proprio di questa parola, non sarebbero che indicazioni date dal legislatore stesso per servire di guida alla più retta interpretazione delle leggi vere a cui sarebbero premesse. Le disposizioni poi, che definiscono i vari istituti giuridici, hanno veramente i caratteri di leggi, inquantochè impongono l'applicazione delle regole stabilite per quei dati istituti allorchè concorrano gli estremi determinati nella loro definizione; ma per ciò stesso rientrano anch'esse nel novero delle *leggi dispositive.*

Altre distinzioni si fanno, di *leggi rettificative*, se correggano errori incorsi in leggi anteriori; *confermative*, se dichiarino mantenute in vigore leggi che si dubitava lo avessero perduto; *ripristinative*, se richiamino in attività leggi ch'erano state abrogate.

Tra le *leggi rettificative* è opportuno suddistinguere; secondochè gli errori da esse corretti nelle leggi precedenti siano semplicemente materiali ed avvenuti nella spedizione di esse, o siano intrinseci alle leggi rettificate e siano stati commessi dal legislatore stesso. Nel primo caso l'atto legislativo di rettificazione non costituirebbe veramente una legge nuova. Tuttavia il testo erroneamente spedito avendo dovuto servir di norma come *legge putativa*, supposto che vi concorressero tutti i caratteri esteriori d'un atto legislativo civilmente obbligatorio, i rapporti verificatisi nell'intervallo rimarrebbero regolati da quella legge, quale appariva prima della pubblicazione dell'altra con cui fosse stata rettificata. Nel secondo caso poi, l'atto

legislativo che correggesse gli errori intrinseci d'una legge anteriore, costituirebbe indubbiamente una legge nuova (1).

Non potrebbero aver carattere di leggi nuove quelle che risolvendo un dubbio insorto, o contrariamente ad una illegittima dessuetudine, dichiarassero non aver mai perduto il loro vigore determinate disposizioni di leggi anteriori; ma all'opposto lo avrebbero certamente quelle che riattivassero disposizioni le quali per un certo tempo fossero rimaste abolite.

11. Le leggi *dispositive* si suddistinguono in *imperative* o *precettive*, *proibitive*, e *permissive* o *facoltative*.

Sono *imperative* tutte le leggi che comandino alcuna cosa; sia che impongano ai privati cittadini certi atti, o fatti, od obbligazioni — come, per esempio, quelle che stabiliscono doversi dai tutori formare in principio della tutela l'inventario dei beni dei tutelati, curare le persone di questi, amministrarne i beni, render conto in fine della gestione esercitata, doversi reciprocamente gli alimenti tra persone parenti od affini in certi gradi, e moltissime altre; — sia che ordinino a funzionari pubblici gli atti che debbon compiere nell'esercizio degli uffici loro — per esempio quelle che determinano le attribuzioni, i doveri e la responsabilità degli uffiziali di stato civile, e dei conservatori delle ipoteche; — sia che dichiarino le regole di diritto da applicarsi a determinati rapporti giuridici — tra le altre quelle che riguardano le successioni legittime e testamentarie, i contratti, la prescrizione; — sia che prescrivano le forme da osservarsi in determinati atti — come le forme dei testamenti, degli atti pubblici notarili, dei provvedimenti giudiziali.

Sono *proibitive* le leggi che vietano determinati atti o fatti — per esempio di contrarre matrimonio prima di una certa età, o prima del decimo mese di vedovanza della

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Effet retroactif*, sect. III, § XIV.

donna, o fra parenti od affini in determinate linee e gradi; di fare atto di riconoscimento di figli adulterini o incestuosi; di deviare il corso di sorgenti che somministrino l'acqua necessaria agli abitanti d'un Comune; di eseguire certe opere, o piantagioni, o certi scavi, se non a determinata distanza dal fondo altrui, o dal muro comune; di aprire nel muro comune finestre senza il consenso del condomino; di convenire una comunione obbligatoria per tempo maggiore di dieci anni; di testare prima d'aver compiuto l'età di diciotto anni; di disporre per testamento o donazione di più che una determinata quota dei propri beni in danno di figli, o discendenti, od ascendenti che si lascino superstiti, ecc.

In questi e simili casi la qualificazione di *proibitive* si applica alle leggi per ragione del loro contenuto; consistendo questo in restrizioni apposte dalle leggi medesime alla libertà civile, per la quale tutto ciò che non sia ordinato o impedito da disposizioni del legislatore rimane abbandonato al libero arbitrio dei privati.

Sott'altro aspetto però si dicono *proibitive* le leggi non derogabili per volontà privata; e in questo senso ne parla l'art. 12 delle disposizioni preliminari del nostro Codice civile, laddove dichiara che " in nessun caso le private " disposizioni e convenzioni potranno derogare *alle leggi* " *proibitive* del regno, che concernono le persone, i beni " o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo " l'ordine pubblico ed il buon costume ".

Seguendo il medesimo concetto nelle sue applicazioni, alcuni autori dicono *proibitive* quelle disposizioni che siano espresse letteralmente in forma di divieto, vedendo essi in questa stessa maniera di esprimersi del legislatore la prova ch'esso abbia considerate quelle disposizioni come attinenti all'interesse generale, come riguardanti in qualche modo all'ordine pubblico od al buon costume; onde non possa in verun caso derogarsi per volontà privata alle disposizioni stesse.

Non intendiamo di anticipare ora una discussione su tal punto, che troverà sede più opportuna in altra parte di questo trattato. Diremo solo, che ad evitare ogni confusione nelle parole e nelle idee, stimiamo scientificamente più opportuno di serbare la qualificazione di *proibitive* per le sole leggi le quali, secondo il loro contenuto, riguardino atti o fatti che il legislatore vuole impedire che si compiano, e l'altra d'*imperative* per quelle nelle quali si propone di ottenere che un determinato atto o fatto si effettui. Nè crediamo accettabile l'idea di riferirsi alla sola espressione letterale del testo, e considerare come *proibitive* tutte le leggi che siano concepite in formola negativa — quando, cioè, dicano che la tal cosa *non può farsi*, o che una tal persona *non può* fare il tale atto — e come *imperative* tutte quelle che siano espresse in formola positiva, risuscitando così l'antico dettato del Dumoulin — *negativa praeposita verbo potest tollit potentiam juris et facti* — che per consenso quasi di tutti era ormai abbandonato come dottrina ingannevole. Quella idea ci sembra infatti non consona ai principii; secondo i quali nel qualificare una legge, come nell'interpretarla, non è da guardar tanto al solo senso letterale dei testi, quanto alla intenzione del legislatore. E può ben darsi che in un testo materialmente espresso in forma proibitiva si contenga una disposizione veramente imperativa, perchè l'intento della legge sia di ottenere che un determinato atto si compia in un dato modo; come può darsi all'opposto che la formola positiva rechi propriamente una disposizione proibitiva, perchè l'intendimento sia d'impedire un determinato atto o fatto, o il compimento di esso in un certo modo. Così, per esempio, una legge ci dice che " l'ipoteca " *non può sussistere* che sopra beni specialmente indicati " e per somma determinata in danaro „ (art. 1965 Cod. civ.). La formola è *proibitiva;* e nondimeno la disposizione è *imperativa*, perchè ciò che il legislatore vuole è che l'atto costitutivo d'ipoteca contenga la specifica indicazione

dei beni che ne sono colpiti, e la determinazione della somma che n'è garantita. Un'altra legge ci dice che " i contratti matrimoniali *devono essere stipulati per atto* " *pubblico avanti notaio, prima del matrimonio* „ e la formola è manifestamente *imperativa;* ma pure la disposizione è *proibitiva*, perchè l'intendimento di essa è d'impedire che tali contratti abbiano luogo dopo celebrato il matrimonio, o per atto che non sia ricevuto da notaio. Si è creduto di rispondere a questa considerazione dicendo, che appunto perchè in tali casi le disposizioni di legge apparentemente *imperative* sono in fondo *proibitive*, ciò anzi torna a conferma della dottrina secondo la quale le disposizioni proibitive non sono derogabili, e la loro violazione importa nullità (1). Ma ciò che si voleva dimostrare era che la redazione materiale della legge, in forma piuttosto negativa che positiva, bastasse da sè sola a stabilire se la legge stessa fosse proibitiva o imperativa. Ora, se si è costretti ad ammettere che *una disposizione apparentemente imperativa possa essere in fondo proibitiva*, bisogna anche riconoscere allo stesso modo che una disposizione apparentemente proibitiva possa essere in fondo imperativa, se tale sia stata la intenzione del legislatore. La materialità della formola, in cui la legge sia espressa, non decide dunque di nulla. Se poi una legge veramente proibitiva, secondo la volontà del legislatore, debba per ciò stesso riguardarsi assolutamente e indistintamente come non derogabile per convenzione o disposizione privata, e quindi ogni atto che vi contravvenga sia da reputarsi nullo; o se invece possano esservi alcune leggi, che quantunque propriamente *proibitive*, non secondo la sola materiale formola del testo, ma secondo lo spirito di esso e la intenzione del legislatore, siano nondimeno derogabili, questa è un'altra questione, della quale non è il caso ora di occuparci, e che procureremo di svolgere a luogo

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 65, pag. 99-100.

opportuno. E neppure intendiamo di contestare che la forma usata dal legislatore nelle sue disposizioni, dichiarando che una data cosa *non possa farsi*, che una tal persona *non possa fare* un determinato atto, sia suscettibile, come elemento di dimostrazione della volontà di lui, di concorrere a stabilire ch'egli abbia inteso di fare una disposizione assolutamente proibitiva, alla quale non sia lecito mai derogare, la cui violazione importi quindi la nullità dell'atto che vi contravvenga. Quello che pare a noi inammissibile, è che la sola dizione materiale del testo, il solo *non si può*, detto di un atto o di un fatto, basti a determinare la qualificazione di *proibitiva* da applicarsi ad una legge, basti ad escludere la possibilità di qualunque derogazione efficace di essa, ed a produrre la nullità di qualunque atto, disposizione o convenzione in contrario.

Sono *permissive* le leggi che lasciano la facoltà di fare o non fare una cosa; ciò che a primo aspetto può farle parere in contraddizione col carattere proprio e coll'effetto necessario delle leggi, che è di obbligare. Ma quest'apparente opposizione scompare, sol che si consideri come ogni legge, la quale renda facoltativo il fare o non fare una cosa, contenga impliciti gli elementi d'un comando e d'una proibizione insieme; poichè *impone* a tutti di rispettare i diritti risultanti dalla permissione ch'essa concede, e a tutti *vieta* qualunque atto o fatto che possa turbare l'esercizio libero delle facoltà ad altri attribuite.

È vero che le leggi permissive potrebbero sembrare superflue, bastando che la legge non comandi nè vieti una cosa, perchè ciascuno sia libero di farla o non farla. Tuttavia possono verificarsi circostanze che rendano utile od anche necessaria una determinata disposizione di legge permissiva. L'ipotesi più ovvia è quella in cui esista una disposizione generale imperativa o proibitiva, alla quale sia giusto fare eccezione per un determinato caso speciale, lasciando in esso libertà a tutti di fare o non fare ciò che negli altri casi è comandato o vietato. Un'altra ipotesi

può esservi, di dubbio possibile intorno alla comprensione d'un dato caso in una disposizione di legge imperativa o proibitiva, talchè interessi di dichiarare esplicitamente che il comando o il divieto non sia da applicarsi a quel caso. Vi è chi considera anche come classificabile fra le permissive le leggi le quali accennino a qualche atto o cosa che ciascuno resti libero di fare o non fare, al solo fine di regolare le condizioni, le forme o gli effetti dell'atto o del fatto medesimo (1). Ma allora, veramente, il contenuto della legge consistendo nel regolare i requisiti o le forme o gli effetti dell'atto non proibito, e che a quel solo fine vi è contemplato, la disposizione assume decisamente il carattere d'imperativa o di proibitiva, secondochè l'intento sia d'imporre determinati requisiti o forme, o di stabilire o di escludere determinati effetti.

Le leggi *dichiarative* possono esse pure sotto un certo aspetto comprendersi nella classe delle permissive; inquantochè non recando esse che la dichiarazione della presunta volontà delle parti, è sempre libero a queste di seguire o non seguire tali norme.

Alcuni autori, riproducendo il pensiero espresso nelle leggi romane, che " *legis virtus haec est, imperare, vetare, permittere, punire* (L. 7, ff. *de legibus*) aggiungono alle tre sopra indicate una quarta classe di leggi, che sarebbero le *penali* (2). Ma questa idea fu giustamente censurata; perchè ogni legge essendo una regola di condotta, non può avere altro oggetto che di comandare, proibire, o permettere; e nella prima di queste classi rientrano anche le leggi penali, in quanto impongono alle autorità competenti di pronunciare l'applicazione della pena e di farla eseguire; come sott'altro aspetto, e in rapporto all'azione punita, può anche dirsi che le leggi penali facciano parte delle proibitive (3).

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, op. cit., vol. I, n. 11, pag. 30, 31.
(2) V. Toullier, t. I, n. 82, 86.
(3) V. Marcadé, t. 1, § VI, n. 15; Demolombe, t. I, n. 15.

12. Leggi *generali* sono quelle che regolano dati rapporti giuridici con norme comuni, applicabili per tutte le persone, tutti i beni, o tutti gli atti, rispetto a cui quei rapporti giuridici possano verificarsi. Leggi *speciali* si dicono quelle, che per considerazioni politiche od economiche sottraggono al diritto comune, all'applicazione delle regole generali, certe materie particolari, sottomettendole invece in tutto od in parte a norme proprie soltanto di esse; quali sono, tra le altre, le leggi che regolano i rapporti relativi ai commercianti ed agli atti o contratti di commercio terrestre o marittimo, quelle sulle miniere, cave e torbiere, le leggi forestali, quelle sulla proprietà letteraria e sulle privative industriali, ecc. Leggi *eccezionali* si dicono quelle che nella stessa materia e circa un identico rapporto giuridico, per motivi d'interesse pubblico o privato, sottraggono all'applicazione d'una regola generale un caso particolare, che per se stesso dovrebbe in essa comprendersi, regolandolo in modo contrario od almeno diverso da quello che dovrebb'essere per l'applicazione della regola generale.

Da ciò si rileva un punto di contatto esistente tra le leggi speciali e le eccezionali; poichè anche le prime potrebbero sotto un certo aspetto considerarsi come eccezionali, in quanto sottraggono le materie particolari, che contemplano, all'applicazione del diritto comune, delle regole generali.

Nondimeno vi sono, tra le leggi speciali e le eccezionali, differenze così fondamentali ed importanti anche in pratica, da doversi accuratamente evitare una tale confusione.

Parlando di disposizioni di legge eccezionali, si presuppone necessariamente l'esistenza d'altre leggi o principii generali, la cui applicazione venga da quelle limitata, sottraendone casi che vi sarebbero veramente compresi. È quindi ovvio che la regola generale dovendo mantenere il suo pieno vigore obbligatorio fin dove il legislatore

stesso non lo abbia espressamente negato, abbia a darsi alla disposizione eccezionale una *strettissima interpretazione;* epperò per qualunque altro caso, che non sia identicamente quello tassativamente contemplato nella eccezione, sia da ritornarsi alla regola generale, nè possa l'eccezione estendersi per qualsivoglia analogia di casi o identità di motivi.

Parlando invece di leggi speciali, si enuncia bensì un concetto di natura sua comparativo con altre leggi generali, le cui disposizioni potrebbero regolare anche le materie particolari sottoposte a quelle leggi speciali, qualora esse non esistessero; ma non per questo le dette leggi speciali apportano vere limitazioni al vigore ed all'applicabilità delle leggi generali, poichè il legislatore non sottrae ad esse casi particolari che vi sarebbero compresi, ma giudicando che determinate intere materie particolari non possano essere convenientemente regolate colle norme del diritto comune, le assoggetta invece a regole loro proprie, non opposte alle generali, ma distinte da esse.

Perciò non può essere rigorosamente applicabile alle leggi speciali quel principio di *strettissima interpretazione*, che vale per le leggi eccezionali. Certamente le leggi speciali non possono applicarsi a materie affatto disparate da quelle per le quali furono particolarmente stabilite; ma entro i limiti di tali materie le disposizioni di quelle leggi possono estendersi per analogia da un caso particolare, che vi sia contemplato, ad altro caso non identico ma simile, e per casi identici possono pure essere applicati in altre materie distinte ma analoghe; purchè sempre le disposizioni, che così vogliansi estendere, non siano *di eccezione* alle regole generali di diritto stabilite dal legislatore (art. 3, 4, *disposiz. prelim.*). Solo quando nelle leggi speciali non si trovino disposizioni, coll'applicazione delle quali si possa risolvere una determinata controversia, bisognerà ricorrere alle regole generali del diritto comune.

13. Considerate sotto l'aspetto più generale, secondo la loro natura e il loro scopo, tutte le leggi si riferiscono veramente *alle persone;* poichè, da una parte a queste soltanto può rivolgersi il comando, la proibizione o la permissione ch'esse contengono; e dall'altra, tutte le leggi sono fatte unicamente per l'interesse delle persone, quando anche dispongano intorno ai beni che possano appartenere a queste. Ma considerate più specialmente in rapporto all'oggetto che tendono a regolare, le leggi riguardano o *le persone*, o *i beni*, o *gli atti*. Or quando riguardano le persone, regolandone lo stato e la capacità, sia per tutti gli atti della vita civile in generale, sia per determinati atti in particolare, le leggi si dicono *personali;* quando invece riguardano i beni, regolandone la condizione giuridica, i modi di acquisto, di conservazione, di trasmissione, le leggi si dicono *reali*.

In altro senso, che però non manca di connessione col primo, si suol dare la qualificazione di *personali* alle leggi, che reputandosi quasi inerenti alla persona, la seguono e debbono esserle applicabili in qualunque luogo, ancorchè straniero, si rechi; e quella di *reali* alle altre, che reputandosi quasi inerenti ai beni, debbono applicarvisi e regolarli, qualunque sia la persona, o nazionale o straniera, a cui appartengono.

Diciamo che questo secondo modo d'intendere la distinzione predetta ha un legame col primo, inquantochè, giusta una teoria di diritto internazionale privato adottata ancora da molti, tutte le controversie che possono nascere dal conflitto tra legislazioni di diversi paesi dovrebbero risolversi col mezzo di questa distinzione tra leggi personali e reali, applicando cioè le leggi nazionali della persona qualora si tratti di regolare lo stato o la capacità di essa; applicando invece la legge del luogo dove si trovino i beni, qualora si tratti di regolare la condizione giuridica, la conservazione o la trasmissione di questi. Ed è perciò che comunemente si veggono adoperate in modo promiscuo

le espressioni *leggi o statuti personali, leggi o statuti reali.* Colla parola *statuti*, in contrapposto al diritto generale d'un paese, soglionsi indicare le leggi o le consuetudini particolari di provincie o città. E siccome furono appunto i conflitti tra queste differenti leggi o consuetudini locali, che diedero dapprima le più frequenti occasioni alla scienza di doversi occupare a ricercare i mezzi per risolverli, le espressioni di *statuti personali e reali* divennero quindi così abituali ed assunsero tale significato tecnico, che ancora vengono impiegate come sinonime delle altre — *leggi personali e reali.*

Questa distinzione però era ben lungi dall'offrire mezzo sicuro e facile per giungere alla risoluzione dei dubbi che il conflitto di diverse legislazioni può spesso far sorgere; tantochè forse nessuna materia di diritto ha dato luogo a tante e così dibattute controversie, quanto questa dell'applicazione del principio tradizionale, che le leggi personali seguono la persona dovunque si rechi, e le leggi reali invece reggono i beni situati nel luogo in cui queste leggi imperano senza riguardo alle persone dei proprietari ed alle leggi a cui questi siano soggetti. Nè avrebbe potuto essere altrimenti; poichè, in primo luogo, vi è una classe di leggi — ed erano costretti a riconoscerlo coloro stessi che rannodavano tutte le regole di diritto internazionale privato a quella sola teoria degli statuti personali e reali — le quali non potrebbero veramente collocarsi nè tra le personali nè tra le reali, onde alcuni le qualificavano *statuti misti;* e sono quelle leggi che riguardano le forme esteriori degli atti, e per le quali si ammetteva l'applicazione della regola tutta particolare — *locus regit actum.* — Inoltre, accettati i principii, che gli statuti personali debbano regolare le persone, il loro stato, la loro capacità, dovunque esse agiscano e dovunque i loro atti siano giudicati, e che gli statuti reali debbano regolare i beni componenti il territorio in cui imperano, senza riguardo alle persone dei proprietari ed alle leggi diverse

a cui questi siano soggetti, rimanevano nondimeno insolute alcune questioni gravissime; principalmente intorno agli effetti delle leggi di uno Stato pei *beni mobili* che in esso si trovassero, ma fossero in proprietà di persone appartenenti a Stati diversi, e intorno agli effetti d'una legislazione relativamente ai beni, o mobili, o immobili, che facessero parte d'una eredità aperta in uno Stato diverso da quello in cui tali beni si trovassero situati.

Il legislatore italiano, scostandosi in ciò dal Codice Napoleone e dagli altri che imitandolo avevano consacrata l'antica distinzione dello statuto personale e dello statuto reale come unica norma per risolvere i conflitti tra le leggi dello Stato e le straniere, scrisse tra le disposizioni premesse al Codice civile le regole di diritto internazionale privato, principali, più ricevute e più conformi a quei liberali principii a cui s'inspirava; e di esse ci riserbiamo di trattare a luogo opportuno. Ma frattanto, nella nuova via che il nostro legislatore ha seguìta, è forse da ritenersi esclusa affatto, od almeno rimasta priva di pratica utilità la distinzione tra le leggi personali e le reali? Lo reputeremmo un grave errore. In primo luogo quella distinzione non è già stabilita col mezzo di finzioni giuridiche, le quali siano state inventate allo scopo di creare un corpo di dottrina avente regole fisse e metodicamente coordinate, per risolvere coll'applicazione di esse tutti i casi possibili di conflitto tra legislazioni diverse; ma trova fondamento nella realtà delle cose, nell'oggetto e nel fine particolare e distinto, che può essere proprio di ciascuna disposizione legislativa. Ond'è che, lasciata anche da parte l'importanza e l'utilità che possa avere praticamente quella distinzione, non sarebbe però da trascurarsi teoricamente, e tanto meno in una scienza come la giuridica, nella quale l'esattezza rigorosa dei concetti e delle parole è tutto. Ma poi, anche al sistema migliore e più completo delle regole di diritto internazionale privato tracciate dal nostro legislatore, la distinzione di leggi personali e di

leggi reali è tutt'altro che estranea. Non fu ritenuto che quella distinzione bastasse a risolvere i conflitti tra le leggi dello Stato e le leggi straniere, e furono perciò stabilite quelle altre norme generali che si credettero necessarie; ma non perciò s'intese di escluderla assolutamente, tantochè anzi due di quelle regole vi si riferiscono, nè in molti casi potrebbero essere applicate senza definire prima se una determinata legge debba considerarsi come *personale*, o come *reale*.

L'articolo 6, infatti, c'insegna che " lo stato e la capa- " cità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati " dalla legge della nazione a cui esse appartengono „. Or non è questo il riconoscimento espresso del vecchio principio " *statuta personalia personam sequuntur?* „ L'articolo 7 ci dice che " I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati „. Non è questa la proclamazione, quanto agli immobili, dell'antica regola degli statuti reali? — E siccome poi accade non di raro — come vedremo meglio più innanzi — che un dato rapporto giuridico, regolato differentemente dalle legislazioni di Stati diversi, comprenda ad un tempo le persone e i beni, così per decidere in tali casi se sia la legge nazionale del proprietario, o quella della situazione dei beni, che debbasi applicare, bisognerà pur sempre determinare se la disposizione legislativa regolatrice di quel dato rapporto giuridico abbiasi a ritenere come concernente lo stato e la capacità della persona — sicchè debba osservarsi l'art. 6 — ovvero la condizione giuridica, la conservazione o la trasmissione dei beni — talchè sia da applicarsi l'art. 7 —; che è quanto dire doversi ancora ricorrere alla distinzione delle leggi personali e reali. Possono esservi anche, e vi sono altre leggi le quali non appartengono veramente nè all'una nè all'altra di queste categorie, e formano una classe a parte, e per esse il legislatore nostro ha stabilite altre norme apposite; ma ciò non toglie che vi siano, in ragione del loro oggetto,

leggi personali e leggi reali, e che questa loro qualità faccia luogo ad applicare o la regola dell'art. 6 o quella dell'art. 7. Donde appunto la necessità di stabilire colla maggior sicurezza possibile quali disposizioni di legge debbano considerarsi come comprese nella categoria delle personali, o in quella delle reali.

Per altro, se il ricorrere a codesta distinzione diventa indispensabile allorchè si tratti di applicare i citati articoli 6 e 7, § 2°, delle disposizioni premesse al Codice; possono esservi, e vi sono realmente — come vedremo — altre disposizioni speciali di diritto internazionale privato, le quali, non ostante il carattere *reale* di certe leggi, rendono applicabili quelle della nazione a cui appartiene il proprietario, anzichè quelle del luogo in cui si trovino situati i beni. Secondo la nostra legislazione, il carattere personale o reale delle leggi è uno degli elementi su cui si fondano le regole di diritto internazionale privato; ma non è l'esclusivo. E noi — giova ricordarlo — assumiamo la distinzione di leggi personali e reali nel senso proprio e teorico, che riguarda al particolare oggetto di ciascuna disposizione legislativa; non nell'altro senso, che come ogni legge *personale* regge sempre la persona ancorchè risieda ed agisca in paese straniero, così ogni legge *reale* regoli in ogni rapporto i beni situati nel territorio dello Stato , sebbene appartenenti a persone d'altre nazioni; ciò che non sarebbe vero, secondo il sistema adottato dalla nostra legislazione e di cui parleremo a luogo opportuno.

14. Vi sono alcune leggi che *contemplano esclusivamente le persone*, il loro stato, la loro capacità, epperò sono indubbiamente *personali;* come, per es., quelle che regolano i modi di acquistare o perdere lo stato di cittadinanza, o le condizioni per poter contrarre matrimonio; quelle che determinano quando vi sia figliazione legittima e quando naturale, quale sia l'autorità dei genitori verso

i figli loro, a quale età una persona sia minore o maggiore, e quali siano gli effetti della minorità, quali siano le cause, le condizioni e gli effetti della interdizione, ecc.

Vi sono altre leggi certamente *reali*, perchè *dispongono esclusivamente intorno ai beni;* come quelle che classificano i beni mobili ed immobili, determinano i diritti di cui possono essere oggetto, stabiliscono le servitù a cui i fondi debbono ritenersi soggetti per la utilità d'altri fondi vicini, regolano le successioni *ab intestato*, dichiarano quali beni siano suscettibili d'ipoteca, come si possa procedere all'esecuzione forzata sopra i beni del debitore, ecc.

Ma a fronte di questi vi hanno altri e molti casi nei quali non è facile in pratica di rilevare la distinzione delle leggi personali e reali; per quella strettissima relazione che esiste tra le persone ed i beni, sicchè spesso il legislatore non può regolare in tutti i suoi effetti la capacità delle persone senza trattare dei beni che ne formano principale oggetto, nè regolare la conservazione e la trasmissione de' beni senza parlare delle persone che possono o no trasmetterli o riceverli. Così la legge regola lo stato del minore quando fra le incapacità che ne derivano pone anche quella di fare donazioni, se non sia nel contratto di matrimonio (V. art. 1052 Cod. civ.), quantunque questa proibizione di donare si riferisca ai beni. Ed all'opposto la legge provvede alla conservazione dei beni dotali destinati al mantenimento della famiglia quando ne stabilisce per regola generale la inalienabilità (V. articolo 1405 Cod. civ.), sebbene da ciò derivi che il marito e la moglie siano incapaci, quantunque consenzienti amendue, ad alienare i beni dotali.

Ora in questi casi di dubbio, in questi casi in cui si tratti di una legge la quale disponga contemporaneamente sulle persone e sui beni, con quali norme si potrà determinare se quella legge debbasi riguardare come personale o come reale?

Un'antica scuola insegnava a questo proposito doversi decidere la questione seguendo unicamente la materiale espressione della legge; riguardando, cioè, come personale quella la cui formola si rivolgesse direttamente alla persona, e come reale l'altra che disponesse direttamente intorno ai beni. Ma questa teoria, che preferiva il suono al senso delle parole, che sacrificava il concetto e la volontà vera del legislatore alla materialità della forma in cui egli avesse espressa la propria disposizione, non poteva a lungo essere seguita.

A questo fu dunque sostituito un sistema perfettamente razionale, che fu esposto nel modo più acconcio e più chiaro da Giovanni Voet, del quale riferirem qui le parole:

" Statuta personalia sunt quibus *principaliter de uni-* " *versali personae statu*, qualitate, habilitate vel *inhabi-* " *litate* disponitur, sive nulla prorsus fiat rerum mentio, " sive de rebus etiam sermo sit; *si modo principalis in-* " *tentio statuentis non sit de re aliquid, sed de persona* " *disponere*.

" Realia, ex adverso, quae *rem principaliter afficiunt*, " et circa rem aliquid disponunt, sive personae mentio " facta sit, sive non; *si modo primaria statuentis mens sit,* " *non de personis, sed de rebus disponere* „ (1).

Seguendo adunque questa dottrina, la regola, che deve guidarci a discernere le leggi personali dalle reali, consisterà in questo; che *indipendentemente dalla formula* nella quale si presenti scritta la legge, debbasi esaminare quale sia l'oggetto principale ed essenziale, quale lo scopo definitivo della disposizione. E quando quest'oggetto sia la persona, quando lo scopo consista nel regolare lo stato e la capacità della persona stessa *in modo generale ed assoluto*, la legge si debba considerare come *personale,* quand' anche accessoriamente e sotto aspetto di mezzo o di conseguenza vi siano contemplati i beni. Quando,

---

(1) V. Voet, *ad Pand.*, lib. I, tit. IV, par. II, n. 2, 3.

all'opposto, i beni formino l'oggetto principale e predominante, quando lo scopo stia nel regolare i mezzi della loro conservazione o trasmissione, si abbia una *legge reale;* non ostante che come mezzo ad ottenere quel fine o come conseguenza della disposizione si venga a stabilire una incapacità delle persone.

Questi principii saranno posti in maggiore evidenza se ci occuperemo di qualcuna fra le molte applicazioni che si possono farne.

Quantunque la legge riconosca generalmente la facoltà che spetta a ciascuno di disporre per testamento di tutte le proprie sostanze, pel tempo in cui avrà cessato di vivere, a favore di una o più persone, pure limita questa facoltà nel caso in cui sopravvivano al testatore certe persone legate a lui per vincoli strettissimi di famiglia, a vantaggio delle quali la legge stessa riserva una porzione di eredità, che appunto per ciò prende nome di *legittima*. Ora le leggi che determinano la *porzione legittima* e la *porzione disponibile* si dovranno considerare come *reali*, sebbene stabiliscano una incapacità del testatore a disporre della *quota legittima;* perchè questa incapacità non costituisce l'oggetto e lo scopo della disposizione, ma non è altro che la *conseguenza* della trasmissione diretta, che si fa per opera della legge, di una parte della eredità a favore dei legittimari. Oggetto principale e predominante della disposizione sono i *beni;* lo scopo è di assicurare la trasmissione di una parte delle sostanze ereditarie alle persone che la legge ha considerate come meritevoli di questa sua protezione, per riguardo ai rapporti che le legarono a quella della cui eredità si tratta. — E se le leggi regolatrici della successione intestata sono fuori d'ogni dubbio *reali*, perchè non hanno altro oggetto che i beni, non altro scopo che la trasmissione di essi, non può essere diversamente qui; poichè la successione nella porzione di eredità riservata dalla legge a pro' di certe persone non è altro che una *successione legittima*, colla sola

differenza che si limita ad una parte della eredità, invece di comprenderla tutta (1).

La legge dichiara *incapaci di ricevere per testamento* più di quanto si devolverebbe a loro per successione legittima *i figli naturali non legittimati* in concorso con discendenti o con ascendenti legittimi del testatore (art. 768 Cod. civ.); stabilisce che *il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio* (art. 770 Cod. civ.). Ma la incapacità non è in questi casi se non una *conseguenza* della trasmissione dei beni ereditari, che la legge volle vietare oltre una certa porzione quanto ai figli naturali od al coniuge di seconde nozze, che si trovassero in concorso con discendenti od ascendenti legittimi, o coi figli d'altro matrimonio del testatore. L'oggetto vero di queste disposizioni consiste adunque nei beni, lo scopo principale è di regolare in modo conforme agli interessi della famiglia la trasmissione della eredità, non già propriamente di regolare la capacità personale, come si verifica quando certe persone sono dichiarate incapaci di succedere per *indegnità* (art. 725 e 764 Cod. civ.) o quando i figli adulterini e incestuosi sono dichiarati incapaci a ricevere per testamento del genitore più che i semplici alimenti (art. 767 Cod. civ.).

In questi ultimi casi l'oggetto vero della disposizione della legge è la persona, lo scopo principale è di regolarne la *capacità;* il che è tanto vero, che la incapacità pronunciata dalla legge sussiste ed ha pieno effetto in modo generale ed assoluto, e qualunque possa essere l'altra persona a cui si devolvano i beni ereditari in luogo dell'incapace: ed abbiamo perciò delle leggi *personali*.

Invece, negli altri casi proposti prima, lo scopo del legislatore è sì lungi dall'esser quello di stabilire e regolare

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 80; Aubry e Rau, t. I, § 31, n. III. — Contro Laurent, t. I, n. 108, 109.

una vera incapacità a ricevere nelle persone dei figli naturali o del coniuge di seconde nozze, che queste persone medesime potranno anche ricevere la totalità dei beni del testatore se a questo siano premorti i discendenti od ascendenti legittimi o i figli di precedente matrimonio che egli aveva al tempo in cui fece la propria disposizione. Ne risulta dunque confermato in modo non dubbio che il vero fine propostosi dal legislatore consisteva nel favorire la trasmissione dei beni ereditari ai discendenti od ascendenti legittimi o ai figli di anteriore matrimonio, almeno coll'impedire in concorso di queste persone la trasmissione della eredità ai figli naturali od al coniuge in seconde nozze oltre quella certa porzione. Sono dunque queste vere *leggi reali* (1).

Come *reale* si dovrà pure considerare la legge che stabilisce in via di regola generale la *inalienabilità dei beni dotali;* per la ragione già sopra avvertita, che l'oggetto vero di questa disposizione consiste negli stessi beni dotali, che lo scopo principale di essa è di provvedere alla *conservazione* di quella sostanza, che è destinata a sostenere i pesi del matrimonio, quantunque da ciò derivi per necessaria conseguenza la incapacità del marito e della moglie di alienare quei beni.

Era questa infatti l'opinione più generalmente ricevuta anche in Francia (2) sebbene secondo il Codice Napoleone il regime dotale non fosse di diritto comune, nè vi si facesse luogo per la semplice costituzione di dote, ma si richiedesse una dichiarazione espressa degli sposi che *fosse loro intenzione di maritarsi sotto le leggi dotali;* in mancanza di che il regime legale era quello della comunione (art. 1391, 1392, 1393 Cod. franc.). Da ciò però alcuni autori argomentarono che la disposizione proibitiva

(1) V. Demolombe, t. I, n. 81; Aubry e Rau, t. 1, § 31, n[a] 16. — Contro Laurent, t. I, n. 111.

(2) V. Duranton, t. I, n. 83; Marcadé, t. I, n. 72; Troplong, *Du contr. de mar.*, t. III, n. 3317; Demolombe, t. I, n. 85, 86.

dell'alienazione dei beni immobili costituiti in dote fosse da considerarsi come *semplicemente dichiarativa dell'intenzione presunta delle parti*, e che pertanto l'inalienabilità di quei beni non dipendendo dalla sola volontà del legislatore che la imponesse, non potesse neppure costituire una vera *legge reale*, ma si risolvesse in una *interdizione convenzionale di alienare* (1).

Un altro scrittore, pur dichiarando che “ non intende “ censurare una opinione che ha per sè la dottrina degli “ autori, e la giurisprudenza degli arresti „, osserva però che la decisione riesce a dimostrare non buono il principio su cui si fonda; e cogli altri autori ora citati pone in rilievo gl'inconvenienti derivabili dal riguardar questa come una *legge reale*. Se è tale — si dice — due stranieri maritati sotto il regime dotale, con una legge che permetta illimitatamente l'alienazione dei beni costituiti in dote, non potranno dunque, ciò non ostante, alienar quelli che siano situati in Francia. È così che si rispetta la volontà degli sposi in una materia nella quale, secondo la legge stessa, tutto deve dipendere dalla volontà loro? Reciprocamente, per esser logici, bisognerà ritenere che una francese, maritata sotto il regime dotale, non possa chiedere davanti i tribunali francesi una indennità al marito per alienazioni ch'egli abbia fatte di beni dotali situati in un paese le cui leggi non stabiliscano l'inalienabilità della dote. Qual motivo plausibile vi è per limitare così l'applicazione delle leggi francesi da farsi dai giudici francesi? (2). Quanto a noi, queste ultime considerazioni, di inconvenienti nell'applicazione del principio, non possono fare al caso per la questione teorica di cui ci occupiamo attualmente. Nel sistema della legislazione nostra — come già abbiam notato — non tutte le leggi, che siano *reali* pel loro oggetto, sono per ciò solo indistintamente applicabili

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 31, n° 20.
(2) V. Laurent, t. I, n. 115.

ai beni situati nel regno, senza riguardo alla nazionalità della persona a cui appartengano. Potremo occuparci in sede più opportuna della questione, se la disposizione proibitiva dell'alienazione dei beni dotali debba applicarsi anche per gli stranieri, le cui leggi matrimoniali non portino una simile proibizione. Ma, frattanto, questa disposizione proibitiva è, o no, una legge reale? Noi la reputiamo tale, per le ragioni che brevemente abbiamo sopra esposte; tanto più che il regime dotale, se non è legalmente obbligatorio, è però considerato come il normale nel sistema della nostra legislazione. È vero che all'inalienabilità dotale si può derogare (art. 1404 Cod. civ.) e sotto questo aspetto la disposizione che la stabilisce può essere considerata come *dichiarativa* semplicemente. Ma che perciò? Per essere *dichiarativa* e derogabile cessa forse d'esser *legge*, o d'essere *reale* se oggetto suo principale ed essenziale sono i beni?

Le leggi che vietano alla donna maritata di donare senza l'autorizzazione del marito (art. 134 Cod. civ.), quelle che vietano all'inabilitato, dal giorno in cui fu promosso il giudizio d'inabilitazione, ed al minore, sebbene emancipato, di far donazione, se non sia per contratto di matrimonio (art. 1052 comb. coll'art. 1386 Cod. civ.) sono *personali;* giacchè l'oggetto e lo scopo di tali disposizioni è costituito veramente e principalmente dalla persona e dalla sua capacità considerata in modo generale ed assoluto, ed è solo per conseguenza della incapacità personale pronunziata dalla legge che ne deriva la non trasmissibilità dei beni dell'incapace per titolo di donazione.

Sono *personali* o *reali* le leggi che accordano al padre od alla madre l'usufrutto sui beni del figlio (art. 228, 231 Cod. civ.) al minore, all'interdetto, alla donna maritata l'ipoteca legale sui beni del tutore o del marito (art. 1969, n° 3 e 4, Cod. civ.)? Se queste disposizioni si considerassero isolatamente, in quanto cioè determinano a chi debba appartenere, durante la patria podestà civile,

l'usufrutto di certi beni del figlio di famiglia, o stabiliscono che i beni del tutore o del marito siano gravati del diritto reale d'ipoteca a profitto del tutelato o della moglie, dovrebbero qualificarsi come *reali*. Ma è troppo naturale il considerarle invece come parti integranti ed accessorie di tutto il sistema delle leggi sullo stato di matrimonio, di patria podestà, di tutela. E come le leggi sullo stato delle persone hanno il carattere essenziale di *leggi personali*, così sembra non potersi attribuire un carattere diverso alle disposizioni accessorie che regolano l'usufrutto, o l'ipoteca dipendente da quello stato. Lo scopo predominante delle disposizioni della legge in questi rapporti non è, infatti, di regolare i beni del figlio e il loro godimento, le cause e i modi dell'ipoteca da cui possono essere colpiti i beni del marito o del tutore; ma è di regolare in tutto il complesso delle loro prerogative, concernenti così le persone come i beni, i rapporti di stato personale tra il marito e la moglie, tra il genitore esercente la patria podestà e il figlio che vi è soggetto, tra il tutore e il tutelato. Non sono che conseguenze di questi rapporti personali, l'essere posto tra gli attributi della patria podestà il diritto di chi la esercita all'usufrutto dei beni del figlio minore e non emancipato, l'essere assicurate colla garanzia reale dell'ipoteca legale le obbligazioni pecuniarie del marito verso la moglie, del tutore verso il tutelato. — Queste leggi pertanto, considerate nei loro caratteri sostanziali, e quanto al loro scopo principale, hanno qualità di *personali* piuttosto che di *reali*.

Le questioni, a cui ora abbiamo accennato, furono sempre tra le più controverse sì nell'antico che nel moderno diritto.

Disputavasi se il padre, domiciliato in luogo dove la patria podestà gli attribuisse diritto d'usufrutto sui beni del figlio, potesse esercitare tale diritto in altro luogo, i cui statuti o le cui consuetudini non lo concedessero. E dei vecchi autori, alcuni ritenevano trattarsi di statuto

personale, e lo reputavano quindi applicabile anche pei beni posti in altro territorio; altri professavano la massima contraria, dicendo trattarsi di statuto reale; altri infine, scorgendovi elementi di statuto personale e reale insieme, dicevano non attribuibile l'usufrutto se non pel concorso d'ambo gli statuti, del domicilio del padre e della situazione dei beni (1).

Sotto il Codice francese fu pure ed è controverso se l'usufrutto conceduto ai genitori dall'art. 384 di quel Codice, se l'ipoteca legale attribuita al minore, all'interdetto, alla donna maritata dall'art. 2121, possano invocarsi anche dal genitore, dal tutelato o dalla donna stranieri, sovra beni situati in Francia; o da francesi sovra beni posti in altro Stato dove simili diritti non siano stabiliti. E vi fu chi insegnò quelle disposizioni di legge essere *reali*, applicabili quindi ai beni situati in Francia indipendentemente da ciò che dispongano le leggi del paese a cui appartengono le persone (2); chi le disse invece *leggi personali*, e quindi non applicabili fuorchè per le persone appartenenti allo stato di cui quelle leggi sono (3); chi reputò non invocabili i diritti d'usufrutto e d'ipoteca legale, se non a condizione che siano conceduti tanto dalla legge nazionale delle parti che da quella di situazione dei beni (4); chi in fine sostenne le predette disposizioni di legge doversi annoverare tra quelle rispetto alle quali non è punto osservabile la distinzione degli statuti reali e degli statuti personali, e doversi in tali materie applicare dalle autorità giudiziarie francesi le leggi francesi, come le autorità straniere applicherebbero le leggi loro (5).

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, V° *Puissance paternelle*, sect. VIII, n. 1.
(2) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des pers.*, t. I, n. 91; Troplong, *Des hyp.*, t. II, n. 429.
(3) V. Demolombe, t. I, n. 88; Laurent, t. 1, pag. 96, 116.
(4) V. Fœlix, *Tr. du dr. int. privé*, t. I, n. 36, 43; Demangeat, *De la cond. des étrang.*, n. 82.
(5) V. Aubry e Rau, t. I, § 31, n. 18, 19.

A noi sono sembrate, anche in pura teoria generale, preponderanti le ragioni addotte in appoggio del carattere puramente personale di queste leggi, che accessoriamente alle relazioni ed allo stato di famiglia o di tutela, costituiscono un usufrutto a favore del genitore sui beni del figlio, o un'ipoteca a favore della donna maritata o del tutelato sui beni del marito o del tutore. E crediamo inoltre che la questione abbia a considerarsi come espressamente risolta in questo senso dall'art. 6 delle disposizioni premesse al Codice, laddove dice che non solo lo stato e la capacità delle persone, ma anche *i rapporti di famiglia* sono regolati dalla legge della nazione a cui le persone stesse appartengono. Ciò crediamo risultare chiaramente dalla discussione in seguito a cui furono aggiunte quelle ultime parole, come dimostreremo a suo tempo.

15. La difficoltà che incontra nella pratica applicazione la distinzione delle leggi *personali* e *reali*, indusse alcuni giureconsulti ad ammettere una terza classe di statuti, a cui si darebbe nome di *misti*, come aventi insieme i caratteri di personalità e di realità, come concernenti ad un tempo tanto le persone che i beni.

Ma questa teoria fu poi generalmente respinta; perchè ad ammetterla si oppone manifestamente la differenza troppo profonda di caratteri e di effetti tra le leggi personali e le reali. Se dovessero qualificarsi come *miste* tutte le leggi che avendo per oggetto e fine principale le persone, il loro stato e la loro capacità, trattassero però anche dei beni intorno ai quali questa capacità si potesse esercitare, o riguardando principalmente ai beni, alla loro conservazione e trasmissione, si occupassero in conseguenza anche delle persone che potessero riceverli o trasmetterli, " la maggior parte degli statuti — come nota giustamente il Merlin (1) — sarebbero allora *misti;* giacchè

(1) V. *Rép.*, V° *Statut.*

„ non vi ha legge alcuna che non sia fatta per le per-
„ sone, e che quasi sempre non abbia qualche relazione
„ ai beni „. Ma se *miste* si volessero qualificare quelle leggi che avessero altrettanto i caratteri di *personali* quanto quelli di *reali*, sarebbe allora impossibile il trovarne alcuna; poichè, prosegue lo stesso autore, “ non vi è sta-
“ tuto che non abbia un *oggetto principale*, il quale poi,
“ secondo che sia reale o personale, determina la qualità
“ dello statuto „.

Altri qualificarono in diverso modo gli *statuti misti*, dando un tal nome a quelli che, non riguardando veramente nè le persone nè le cose, non potessero a rigore considerarsi nè come *personali* nè come *reali;* perchè regolassero unicamente la *forma estrinseca degli atti*. Così erano definiti questi statuti da G. Voet (1). “ *Mixta* denique non
“ absurde dixeris ea quæ neque de personis, neque de
“ rebus principaliter disponunt, sed *actuum a personis circa*
“ *res gerendorum, sive judicialium sive extrajudicialium for-*
“ *mam, modum, ordinem, solemnia definiunt* „.

È vero infatti che le leggi concernenti alle *forme estrinseche degli atti* non hanno un carattere proprio e distintivo di *personali* o di *reali*, nè possono averlo; imperocchè, dirette come sono a dar vita giuridica ad un atto o contratto e formarne il mezzo di prova, non hanno altro oggetto fuor quello che è proprio dell'atto o contratto stesso. Ond'è che se mai fosse assolutamente necessario attribuire a queste leggi o il carattere della personalità o quello della realità, non sarebbe possibile desumerlo da altro che dalla natura stessa dell'atto o del contratto a cui dovessero applicarsi le forme stabilite da quelle date leggi; epperò secondochè un tale atto o contratto fosse relativo allo stato delle persone, od ai beni, la legge che ne determina le forme dovrebbesi considerare come personale o come reale. Ma ammettere l'esistenza di leggi, le

(1) V. Voet *ad Pand.*, lib. I, tit. IV, pars II, n. 4.

quali riuniscano contemporaneamente le qualità, tra sè naturalmente pugnanti, di personali e reali insieme, sarebbe un'assurdità (1).

Però la necessità di trovar posto a ciascuna legge nella categoria delle personali o in quella delle reali, non sussiste, almeno nel sistema adottato dalla nostra legislazione; poichè, come abbiamo già notato ripetutamente, quella distinzione tra le leggi fu bensì ritenuta per alcuni rapporti come fondamento delle regole di diritto internazionale privato scritte negli art. 6 e 7 delle disposizioni premesse al Codice; ma il nostro legislatore non si è limitato a dare come norma ai giudici, per risolvere i conflitti che insorgano tra le leggi nostre e le straniere, quella sola distinzione, ed ha stabilito invece pei principali ordini di rapporti, intorno a cui quei conflitti possono elevarsi, regole generali bensì, ma distinte, precise e formanti un sistema coordinato e completo. Per quanto riguarda, in ispecie, le leggi regolatrici delle forme estrinseche degli atti, l'art. 9 delle citate disposizioni ha dichiarato che quelle forme *sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti*. Quale necessità, dunque, di coartare, per dir così, queste leggi a stare nella categoria delle personali o delle reali, mentre veramente nè l'una nè l'altra di queste qualificazioni può convenire ad esse, che — come osservava il Voet — non dispongono principalmente nè delle persone, nè dei beni? Quale opportunità di crearne una categoria di leggi che riuniscano i due caratteri inconciliabili della personalità e della realità? E come di queste leggi concernenti le forme estrinseche degli atti, così di altre ancora potrebb'essere sostenibile che non dovessero comprendersi nè nella classe delle personali nè in quella delle reali. Ad ogni modo è certo che in pratica la necessità di stabilire se una determinata disposizione legislativa sia da ritenersi appartenente all'una od all'altra delle predette categorie, non potrà verificarsi per noi, se

(1) V. Demolombe, t. I, n. 78; Aubry e Rau, t. I, § 31, nª 8.

non quando cada dubbio sull'applicabilità in un determinato caso dell'art. 6 o dell'art. 7, § 2° delle disposizioni preliminari; e cioè quando si sollevi una controversia per definire se le leggi regolatrici d'un dato rapporto giuridico abbiano veramente per oggetto principale, diretto ed immediato lo stato e la capacità della persona ed i rapporti di famiglia, o piuttosto i beni immobili, la loro condizione giuridica, la loro conservazione, la loro trasmissione.

16. Si è disputato se in caso di dubbio intorno alla personalità od alla realità d'una data disposizione di legge, le si debba attribuire a preferenza quello o questo carattere. Ma una tale questione veniva proposta in relazione al senso improprio di quella distinzione, già sopra segnalato, cioè nel concetto di far dipendere dalla personalità o dalla realità delle leggi regolatrici d'un dato rapporto giuridico ogni norma di diritto internazionale privato; e riducendo quindi il dubbio alla prevalenza della legge propria della persona a fronte dell'altra legge a cui fossero soggetti i beni secondo la loro situazione, o piuttosto di questa su quella.

Per noi, che assumiamo la distinzione di leggi personali e reali nel loro senso genuino e proprio, cioè in relazione unicamente all'oggetto che ciascuna disposizione veramente abbia, s'intende di leggeri che la suaccennata questione non possa presentarsi che raramente e difficilmente. Certo può avvenire molte volte che un dato rapporto giuridico comprenda ad un tempo e la capacità della persona e la disposizione dei beni che le appartengono, come già ne abbiamo notati sopra parecchi esempi; talchè a primo aspetto apparisca che nè l'una nè l'altra costituisca il solo oggetto della disposizione che regoli quel rapporto giuridico, ma amendue lo formino simultaneamente e complessivamente. Ed appunto in tali casi può presentarsi il dubbio se la regola dell'art. 6 o piuttosto quella dell'art. 7, § 2° delle disposizioni premesse al nostro

Codice debba avere applicazione. Ma appena è possibile immaginare caso in cui severando con diligente esame ciò che costituisca l'oggetto principale, diretto ed immediato della disposizione di cui si tratti, da ciò che non sia altro fuorchè conseguenza dell'applicazione di essa, non si riesca a stabilire con sicurezza che quella disposizione abbia veramente per oggetto lo stato, e la capacità della persona od i rapporti di famiglia, talchè, secondo l'art. 6 debbano applicarsi le leggi della nazione a cui la persona appartiene; o che all'opposto ne formino oggetto veramente i beni, la loro condizione giuridica, la loro conservazione o trasmissione, e quindi, trattandosi di beni immobili, siano da osservarsi, giusta l'art. 7, § 2°, le leggi del luogo dove tali beni sono situati. Tuttavia, supposto il caso d'una incertezza, che non si potesse vincere col mezzo indicato, reputeremmo accettabile la teorica che sostiene doversi nel dubbio considerare le leggi come personali, anzichè come reali (1). Non è egli vero — come già osservammo — che tutte le leggi si riferiscono in ultimo alle persone, anche quando regolano direttamente i beni? E perchè dunque, nella ipotesi che nè quelle nè questi costituissero veramente l'oggetto, non solo esclusivo, ma neppure principale e diretto d'una data disposizione, e le persone e i beni vi fossero promiscuamente ed ugualmente contemplati, dovrebbesi dare prevalenza alla legge del luogo in cui i beni sono situati, piuttostochè a quella della nazione a cui la persona appartiene? D'altro lato, non sarebbe possibile lasciare indecisa la questione, e nel conflitto tra le leggi di situazione dei beni e le leggi nazionali del proprietario non applicare nè le une nè le altre.

17. Accennammo fin dal principio di queste nozioni al senso differente che si attribuisce in diritto positivo alla parola *leggi;* la quale intesa nel significato speciale e più

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 137, 138.

proprio, in relazione alla divisione dei poteri determinata dallo Statuto, si applica veramente ai soli *precetti giuridici stabiliti dal potere legislativo, sanzionati e promulgati dal Re;* ma nel significato più generico comprende eziandio tutte le altre *regole obbligatorie per la generalità dei cittadini, che siano prescritte da autorità a cui ne spetti il potere in virtù della costituzione e delle leggi del regno.*

Questo appunto, però, è carattere comune a tutte le leggi, intesa questa parola nel più lato senso, ch' esse debbano stabilire *regole obbligatorie per la generalità dei cittadini;* ond'è che come tali non potrebbero qualificarsi le disposizioni, sebbene date da autorità competenti, che costituiscono semplici atti di autorità esercitati a norma dello statuto dal Capo supremo dello Stato — come sarebbero i decreti di grazia, o di commutazione di pena, gli atti di nomina a cariche e gradi onorifici, e simili — nè quelle date dalle autorità amministrative per norme di azione ai funzionari ad esse subordinati.

Il potere esecutivo, che appartiene al Re, comprende il governativo, l'amministrativo e il giudiziario. Quest'ultimo, il cui ufficio consiste nell'applicazione delle leggi di diritto penale a coloro che le abbiano violate, e delle leggi di diritto civile alle controversie private, che siano legittimamente deferite ai magistrati giudicanti, ha un'azione necessariamente limitata ai casi singoli formanti oggetto di giudizio; nè le sue decisioni possono mai essere date in modo generale e regolamentare, nè avere effetti oltre alla contestazione speciale su cui vengono pronunciate. Ma il potere gevernativo, esercitato dal Re e dai ministri, e l'amministrativo affidato ad una gerarchia di funzionari ed agenti, possono, secondo le rispettive loro attribuzioni, emanare regolamenti, decreti, ordinanze, ed altri provvedimenti, generalmente obbligatorii in tutto lo Stato, od in una determinata parte di esso; sotto il quale aspetto pertanto tali disposizioni hanno virtù obbligatoria pari a quella delle leggi vere e proprie.

Così i decreti ed i regolamenti — questi pure approvati per decreti — che, come *necessari per la esecuzione delle leggi*, debbono, secondo l'art. 6 dello Statuto, essere fatti dal Re, hanno eguale efficacia obbligatoria che le leggi medesime; delle quali formano in qualche modo il complemento, poichè le norme, stabilite dal potere legislativo sotto aspetti generali, attendono poi dall'opera del potere esecutivo lo svolgimento e le determinazioni particolari indispensabili per la loro applicazione. Le autorità amministrative poi, i Ministri, i Prefetti, le autorità locali di pubblica sicurezza, le autorità comunali, ed altre, possono nelle materie di loro attribuzione, ed a norma delle leggi speciali, emanare regolamenti, decreti, ordinanze, provvedimenti varii, i quali debbono pure essere osservati da tutti o nell'intero territorio dello Stato o in una determinata provincia, o in un determinato Comune, secondo i casi.

Ma le autorità amministrative danno pure nelle materie di loro attribuzione molte altre disposizioni, dirette, non già a stabilire regole obbligatorie per le azioni dei cittadini in generale, bensì a prescrivere norme di azione ai funzionari ed agli agenti subalterni nell'esercizio del loro ministero. Le quali disposizioni, pertanto, non sono per la stessa natura loro da assomigliarsi a leggi, neppure intendendo questa parola nel più esteso significato, nè possono avere pari efficacia di esse. Tali sarebbero, per es., le circolari ed istruzioni ministeriali; le quali, quantunque dettate in forma generale e regolamentare, e sia che abbiano per oggetto di dichiarare la interpretazione da darsi a certe disposizioni di legge o di regolamento, o di stabilire norme per la loro osservanza ed applicazione, non hanno virtù veramente obbligatoria, se non pei funzionari gerarchicamente dipendenti dai ministri dai quali emanano; ma non possono vincolar punto i magistrati giudicanti, nelle loro decisioni; e pei privati non hanno alcuna forza obbligatoria; e quanto alle spiegazioni, che contengano, di

disposizioni legislative o regolamentari, hanno il solo valore di opinioni autorevolmente manifestate (1). Per altro, appunto perchè codeste circolari ed istruzioni obbligano alla loro osservanza i funzionari ed agenti amministrativi gerarchicamente dipendenti dalle autorità da cui emanano, gli atti con cui quelle circolari ed istruzioni fossero state violate potrebbero dar luogo, pei privati aventi interesse, tanto a reclami in via amministrativa, quanto anche, verificandosene il caso, ad azione in giudizio civile contro i funzionari o gli agenti colpevoli, pel risarcimento dei danni che ai privati medesimi ne fossero derivati.

18. Abbiam detto nel numero precedente che anche ai decreti ed ai regolamenti per la esecuzione delle leggi, non che a certi provvedimenti dati dalle autorità amministrative può attribuirsi una efficacia giuridica pari a quella delle leggi vere e proprie; ma limitammo quest'affermazione al solo aspetto della virtù, che quei decreti, regolamenti, ed atti dell'autorità amministrativa, possono avere, di obbligar tutti alla loro osservanza, o nell'intero territorio dello Stato, o in una parte determinata di esso. È certo infatti che per altri rispetti non può disconoscersi una profonda differenza nella efficacia di tali disposizioni del potere esecutivo e delle autorità amministrative, in confronto di quella delle leggi vere e proprie; e specialmente per ciò che concerne le condizioni necessarie affinchè da una parte le leggi propriamente dette, dall'altra i decreti, i regolamenti, le ordinanze, ecc., abbiano veramente virtù obbligatoria, sia pei cittadini che debbono osservarle, sia pei magistrati giudiziari che debbono farne applicazione ai singoli casi controversi.

Le leggi, intese nello stretto senso della parola, non possono essere obbligatorie, se non quando siano state votate

(1) V. Foucart, *Elem. de dr. pub. et adm.*, t. I, n. 104; Aubry e Rau, t. I, § 5 in f.
Decisione della Cassazione di Firenze, 19 agosto 1869 (*Ann.* III, 1, 183).

dalle Camere, sanzionate e promulgate dal Re, a norma dello Statuto. Le disposizioni date dal potere esecutivo e dalle autorità amministrative non possono costituire precetti giuridicamente obbligatorii, se non concorrano queste due condizioni fondamentali:

1° Che quegli atti stiano entro i limiti delle attribuzioni dei funzionari da cui emanano;

2° Che non si trovino in opposizione colle leggi.

Se infatti quelle disposizioni riuniscano le due condizioni ora accennate, vengono a costituire complemento e sviluppo della legge stessa per la cui esecuzione sono ritenute necessarie, s'identificano quindi in qualche modo con essa, partecipano della sua autorità ed hanno la stessa forza di obbligare. Se al contrario eccedessero i limiti dei poteri conferiti all'autorità da cui provengono, sarebbe come se emanassero da chi non avesse potere alcuno, nè quindi potrebbero avere efficacia giuridica. E parimente se, quantunque non oltrepassassero per la natura loro i confini segnati all'autorità dei funzionari da cui emanano, contenessero disposizioni contrarie alle leggi, non potrebbero ottenere effetto giuridico, senza toglierlo a queste, trovandosi con esse in opposizione; e l'ammetter ciò arrecherebbe una flagrante usurpazione a danno dell'autorità legislativa, ed annienterebbe l'ordinamento fondamentale della divisione dei poteri.

Concorrendo gli accennati requisiti, le leggi, i regolamenti e decreti per la loro esecuzione, i decreti, regolamenti, ordinanze ed altri provvedimenti delle autorità amministrative, hanno in sè quanto occorre per ottenere quella efficacia obbligatoria generale che è indispensabile al loro scopo. Nondimeno essa non può ancora attivarsi effettivamente, se non sia inoltre adempita una condizione esteriore, comune questa tanto alle leggi vere e proprie, quanto alle altre disposizioni stabilite dal potere esecutivo, o dalle autorità amministrative competenti; condizione consistente nella *pubblicazione*. Sarebbe invero altrettanto assurdo —

perchè contraddittorio al concetto stesso di regole per le azioni degli uomini — quanto sarebbe tirannico l'imporre ai cittadini come precetti giuridici dei comandi o delle proibizioni ch' essi ignorassero; e la pubblicazione è il mezzo, sul fondamento del quale si può stabilire la presunzione che tali precetti siano divenuti noti a tutti. Perciò la pubblicazione è condizione indispensabile e comune — salve le differenze dei modi — per l'attivazione dell'efficacia giuridica sì delle leggi vere e proprie, come dei regolamenti e dei decreti reali, come anche d'ogni disposizione stabilita quale regola obbligatoria per tutti da qualsiasi autorità amministrativa competente.

19. Il potere giudiziario ha per missione di applicare alla risoluzione delle controversie, che gli sono sottoposte, i precetti giuridici, che come tali hanno virtù di obbligare i cittadini. O si tratti di decidere questioni d'interesse privato sollevatesi fra loro, o di reprimere reati, l'autorità giudiziaria dichiara il diritto e lo applica ai fatti da essa riconosciuti come accertati. È quindi naturalmente conseguente che qualora sia chiesta l'applicazione d'una legge, d'un regolamento, d'un decreto o d'altra disposizione, in cui manchi qualcuno dei requisiti essenziali acciocchè abbia efficacia giuridica, l'autorità giudiziaria, non solo possa, ma debba rifiutarvisi, e risolvere invece la controversia applicando le altre leggi che siano in vigore, o in mancanza di leggi positive, i principii generali di diritto. S'intende, però, che i giudici non potrebbero mai, in modo generale, dichiarare di niun effetto, per mancanza delle condizioni necessarie ad attribuirle efficacia giuridica, una disposizione legislativa o regolamentare, un decreto reale, o un atto dell'autorità amministrativa. Le loro decisioni debbono limitarsi all'applicazione delle leggi vigenti ai casi singoli deferiti alla loro giurisdizione; nè gli effetti di quelle decisioni possono estendersi al di là della specie cadente in contestazione, nè vincolare altri magistrati, nè quelli

stessi che le hanno pronunciate, allorchè siano chiamati a risolvere altre controversie, fra altre parti contendenti, o sopra un diverso oggetto, o per una diversa causa di domanda. L'inefficacia giuridica della disposizione invocata dalla parte costituisce il motivo di respingere la domanda o l'eccezione di questa; ma non è la dichiarazione di tale inefficacia, che possa formare la materia della decisione. Coll'ammettere il contrario si falserebbe l'ufficio del giudice, lo si autorizzerebbe a sostituire il potere speciale di cui è investito al legislativo, all'esecutivo, all'amministrativo; si produrrebbe la più deplorevole confusione.

Dal principio che i giudici possano e debbano, nel risolvere le controversie ad essi sottoposte, negar di applicare come precetti giuridici quelli che difettino d'alcuno dei requisiti essenziali affinchè abbiano una tale efficacia; segue dunque, per quanto riguarda in particolare le leggi propriamente dette, che i tribunali abbiano a rifiutarsi di applicare come tali quegli atti in cui manchi qualcuna delle forme costituzionali necessarie per attribuir loro il valore di leggi e per attivarle. L'autorità giudiziaria ha indubitabilmente il diritto e il dovere di esaminare se un atto, di cui le si chiede l'applicazione, sia veramente una legge divenuta obbligatoria; e non è legge se non sia stata approvata dalla Camera dei deputati e dal Senato, sanzionata e promulgata dal Re, non è obbligatoria se non sia stata pubblicata nelle debite forme. La mancanza o dell'approvazione di amendue le Camere, o della sanzione, o della promulgazione, o della pubblicazione, autorizza dunque, anzi obbliga i giudici a negare l'applicazione d'un atto invocato come legge.

Per altro l'autorità giudicante non potrebbe spingersi più oltre a sindacare il processo medesimo della formazione della legge, quand'anche lo riscontrasse in qualche parte viziato per inosservanza delle norme stabilite dallo Statuto. Fingasi, per esempio, che contro il disposto

dell'art. 54 siasi proclamata come adottata una legge, quantunque la relativa deliberazione d'una delle Camere non fosse realmente stata presa a maggioranza di voti. Nondimeno, dichiarata nelle Camere l'approvazione della legge, ottenutane la sanzione e la promulgazione dal Re, eseguitane la pubblicazione, il giudice deve applicarla. Non è a lui che spetti di mantenere le leggi nei limiti dello Statuto; è al legislatore stesso che incombe di osservare questi limiti, o di rientrarvi qualora ne avesse esorbitato. Altrimenti l'autorità giudiziaria verrebbe in qualche modo a sovrapporsi al legislatore, arrogandosi di contenere entro i confini della costituzione un atto emanato dal supremo dei poteri dello Stato.

Le medesime considerazioni portano altresì ad escludere che i tribunali possano mai nelle loro decisioni rifiutar di applicare una determinata disposizione di legge, allegando ch'essa si trovi in opposizione con qualcuno dei principii fondamentali posti dallo Statuto. In teoria astratta potrebbe esservi intorno a ciò qualche motivo di dubitare. Il potere legislativo non è forse vincolato dalla costituzione, su cui si fonda l'autorità sua? Facendo atti contrari alla costituzione stessa, non eccede dunque i suoi poteri, e quegli atti non debbono perciò riguardarsi come nulli? Praticamente, però, è facile convincersi che se al vizio di contrarietà allo Statuto, che potesse rimproverarsi a qualche disposizione di legge, avesse a corrispondere la facoltà pei tribunali di disapplicare tale disposizione, si creerebbe un vero conflitto tra il potere legislativo e il potere giudiziario, e da ciò risulterebbe il disordine; poichè l'opinione o il pretesto che una legge fosse incostituzionale servirebbe ad impedirne l'applicazione, e tra i contrari avvisi del potere legislativo, che stabilendo una legge la reputò conforme allo Statuto, e dei tribunali che la ritenessero non consentita da esso, prevarrebbero in ultimo, quanto agli effetti, la convinzione e il volere dell'autorità giudiziaria. Ai tribunali appartiene di applicare la legge qual è, non di giudicarla. Così su

questo punto concordano dottrina e giurisprudenza (1); ed anche le nostre Corti supreme hanno in più decisioni consacrata la massima preindicata (2).

È ben chiaro, però, che se la pretesa contraddizione tra una disposizione di legge, emanata del resto nelle forme costituzionali, ed i principii consecrati dallo Statuto, non potrebbe mai servire di pretesto ai giudici per rifiutarsi all'applicazione della legge stessa; per altro l'opposizione a quei principii, che fosse per risultare da un determinato modo d'intendere una disposizione legislativa, giustificherebbe che nell'applicarla le si desse quella interpretazione che la rendesse conciliabile coi principii medesimi, quando anche per riuscirvi si dovesse non attenersi al senso letterale della disposizione stessa; dovendo questa applicarsi secondo la intenzione del legislatore (art. 3 *Dispos. prelim.*) ed essendo a presumersi ch'esso abbia voluto conformarsi alle norme costituzionali. È solo la dichiarazione di assoluta inapplicabilità d'una disposizione di legge, perchè incostituzionale, che non può essere permessa ai giudici; l'interpretare la legge in modo che sia compatibile coi principii dello Statuto, entra anzi pienamente nella loro missione (3).

20. Quanto ai decreti e regolamenti fatti dal potere esecutivo, ed ai provvedimenti varii che possono essere dati dalle autorità amministrative, l'osservanza del principio dimostrato nel numero precedente, che l'autorità giudiziaria non debba applicare come precetti giuridici quelli fra i detti atti in cui manchi qualcuno dei requisiti essenziali per attribuir loro efficacia obbligatoria, deve avere per conseguenza che siano da reputarsi inapplicabili dall'autorità

---

(1) V. Dalloz, *Rep.*, V° *Lois*, n. 527; Laurent, t. I, n. 31; Saredo, op. cit., n. 468, 469, 470.

(2) V. Cassaz. Torino, 26 gennaio 1871 (*Giur. It.*, vol. XXII, col. 43); Cass. Roma, 25 giugno 1880 (*Corte Supr.* V, 475.

(3) V. Decisioni della Cassazione di Firenze, 30 dicembre 1872 (*Ann.* VII, 1, 56); 1° giugno 1874 (*Legge*, XIV, 2, 256).

stessa le disposizioni di decreti, regolamenti od altri atti, che non siano emanati da autorità competenti, o si trovino in opposizione colle leggi; poichè l'essere tali atti nei limiti delle attribuzioni dei funzionari da cui provengono, e l'essere conformi alle leggi, sono appunto i requisiti che vedemmo essere indispensabili per la loro efficacia giuridica (1).

E veramente, se i decreti e i regolamenti per la esecuzione delle leggi non siano fatti dal Re, o non siano muniti della firma d'un ministro responsabile, secondo le disposizioni degli art. 6 e 67 dello Statuto; se un decreto, un regolamento locale, un'ordinanza, od altro provvedimento amministrativo sia dato da un'autorità diversa da quella a cui ne spetta per legge l'attribuzione, o nel suo contenuto ecceda i poteri conferiti all'autorità che è in principio competente per dare disposizioni di quella specie; è troppo evidente che non essendo tali atti emanati legittimamente da chi ha il potere di comandare e vietare in quella data materia, non possono avere virtù obbligatoria come precetti giuridici, nè quindi potrebbe applicarli come tali l'autorità giudiziaria.

Se poi i decreti, i regolamenti, gli atti amministrativi contengano disposizioni contrarie alle leggi; essendo queste, innanzi tutto, che l'autorità giudiziaria ha missione di applicare, è altrettanto manifesto che nel conflitto tra esse ed i decreti, regolamenti ed atti, che dovrebbero servire alla loro esecuzione, è alle leggi stesse, anzichè alle disposizioni del potere esecutivo od amministrativo, colle quali si fosse voluto derogarvi, che si deve prestare osservanza.

Nè sarebbe da pensarsi che come l'autorità giudiziaria dovrebbe applicare le leggi propriamente dette, ancorchè fossero incostituzionali, così pure dovesse applicare i decreti reali, i regolamenti, le disposizioni date dalle autorità amministrative, sebbene le trovasse in opposizione alle leggi.

---

(1) V. sopra, n. 18, p. 78.

È troppo evidente la impossibilità d'istituire in questo rapporto un paragone. Sindacando una legge, e negandone l'applicazione, perchè la reputasse contraria allo Statuto, l'autorità giudiziaria sovrapporrebbe il poter suo a quello del legislatore; il che è inammissibile ed assurdo. Negando efficacia ad un atto del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa, che si trovi in opposizione colla legge, si rende omaggio a questa; e ciò è giusto e necessario.

Neppure avrebbe un valore reale l'obbiezione, che si facesse osservando come sia inammissibile che l'autorità giudiziaria possa sindacare gli atti del potere esecutivo ed amministrativo, e dichiararli nulli e di niuno effetto, perchè ciò costituirebbe una usurpazione di autorità e sovvertirebbe l'ordinamento della divisione dei poteri. Con questa argomentazione si verrebbero a confondere due cose essenzialmente distinte; l'annullazione, cioè, d'un provvedimento illegittimamente emanato dal Governo, e il rifiuto della sua applicazione ai casi particolari pei quali sia invocato. Certamente, l'autorità giudiziaria — già lo avvertimmo — non potrebbe pronunciare in modo diretto e principale la nullità d'un atto del potere esecutivo o dell'amministrazione pubblica; nè quando pure fosse legittimamente investita d'una controversia, per la decisione della quale occorresse di doversi pronunciare sulla validità o nullità di quell'atto, potrebbe ancora dichiararne la nullità in modo assoluto e generale. Ma nei limiti speciali del caso, sul quale l'autorità predetta è chiamata a proferire sentenza, essa non potrebbe avere riguardo ad una disposizione, che lungi dall'appoggiarsi alla legge ed assicurarne l'esecuzione, le fosse contraria. La massima opposta contraddirebbe alla indipendenza del potere giudiziario, e ne farebbe un cieco strumento del potere esecutivo.

Colle considerazioni teoriche sovra esposte concordano d'altronde disposizioni espresse del nostro diritto positivo; poichè nella legge sul contenzioso amministrativo (20 marzo 1865, al. *E*) è scritto all'art. 5:

" In ogni caso le autorità giudiziarie applicheranno gli " atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali *in* " *quanto siano conformi alle leggi* ".

Perciò è questa una massima professata unanimemente dagli scrittori nostri (1) e consacrata da una giurisprudenza costante (2).

21. La massima predetta, che l'autorità giudiziaria non debba ammettere l'applicazione di disposizioni contrarie alle leggi, è da mantenersi senza restrizioni in quanto riguardi i decreti, regolamenti ed altri atti emanati dalle autorità amministrative. Ma può subire limitazione rispetto ai decreti od ai regolamenti, che siano fatti dal potere esecutivo in adempimento di speciali delegazioni date ad esso dal potere legislativo; poichè in tali casi codeste disposizioni si reputano, per virtù del mandato, come procedenti dal legislatore stesso, e sono quindi perfettamente parificabili in tutto alle leggi vere e proprie. Allora pertanto non è più da ricercarsi come condizione indispensabile per l'efficacia giuridica di tali disposizioni ch'esse siano *conformi alle leggi;* giacchè, supposto pure che fossero in tutto o in parte incompatibili con qualche disposizione legislativa preesistente, avendo esse medesime i caratteri e gli effetti di leggi, produrrebbero l'abrogazione o derogazione di quelle con cui non fosse possibile conciliarle, anzichè rimanere per tale ragione inapplicabili.

Il principio ora ricordato è così certo, e la conseguenza ne è così manifesta e imprescindibile, da sembrarci esclusa ogni possibilità di dubitarne. Bensì potrà incontrarsi talvolta qualche non lieve difficoltà a stabilire se veramente

---

(1) V. Astengo, Deforesta, Gerra ed altri, *Codice civile del Regno d'Italia*, confrontato cogli altri Codici italiani, vol. I, art. 1, § X, pag. 72, ss; Saredo, op. cit., n. 275; Pacifici-Mazzoni, op. cit., n. 10, pag. 29.

(2) V. Decisioni delle Corti di cassazione di Torino 12 luglio 1866 (*Ann.* I, 1, 90), 1° febbraio 1867 (*Legge*, VII, 1, 185), 5 giugno 1867 (*Legge*, VII, 1, 783), 19 gennaio 1872 (*Ann.*, VI, 1, 158); di Firenze 14 marzo 1866 (*Ann.* I, 1, 138), 20 marzo 1873 (*Ann.*, VII, 1, 153).

esista un mandato legislativo. Intorno a che importa, innanzi tutto, di determinare esattamente gli estremi necessari a verificarsi in tale mandato. Si ammette generalmente, senza discuterne, ch'esso debba essere *espresso*. E qualora ciò s'intenda nel solo senso che in un testo legislativo debba essere chiaramente manifestata la intenzione di attribuire eccezionalmente al potere esecutivo la facoltà di fare certe disposizioni, le quali abbiano esse medesime caratteri ed effetti di leggi vere e proprie, il principio non può ammetter dubbio.

È certamente indispensabile un atto del potere legislativo, perchè l'esercizio di un'attribuzione ad esso esclusivamente spettante, quale è quella di far leggi, sia deferita per delegazione al potere esecutivo. E poichè appunto simili provvedimenti sono di loro natura eccezionali, siccome modificativi delle norme ordinarie costituzionali rispetto al modo di esercizio del potere legislativo, è quindi naturale che non possano essere attuati, se non per volontà chiaramente manifestata del potere stesso. Ogni dubbio, che resti, deve risolversi per l'applicazione delle regole ordinarie e fondamentali, anzichè per ammettere la eccezione. Per altro non crediamo doversi spingere il rigore fino a ritenere assolutamente indispensabile che la delegazione del potere legislativo all'esecutivo sia pronunciata in termini formali in una legge. Il mandato ordinario può essere espresso o tacito; ed anche il mandato legislativo, quantunque non fosse pronunciato esplicitamente, potrebbe talvolta risultare indubitabile secondo la intenzione del legislatore; perchè egli avesse posta in una legge qualche disposizione, la quale non essendo spiegabile nè applicabile altrimenti che col presupposto di ulteriori norme da stabilirsi dal potere esecutivo, contenesse perciò implicita, ma necessaria, l'attribuzione a questo del mandato a stabilire tali regole, che avessero poi a reputarsi come formanti parte della legge stessa. Perciò non vorremmo affermare assolutamente che la delegazione legislativa non possa risultare fuorchè da

dichiarazione formale contenutane in una legge; quantunque sia questo il modo in cui essa comunemente avviene.

Si ammette pure generalmente che la delegazione legislativa non possa essere che *speciale*. Ed anche questa è proposizione d'una verità incontestabile, nel senso che non sarebbe neppur concepibile, secondo i principii costituzionali, lo spogliarsi intieramente il potere legislativo dell'esercizio delle attribuzioni proprie, per trasferirlo con una disposizione generale al potere esecutivo. Alle facoltà straordinarie, che si conferiscano a questo per emanare disposizioni, le quali debbono poi aver valore di leggi vere e proprie, debbono essere necessariamente apposti limiti, quanto agli oggetti intorno a cui tali facoltà siano da esercitarsi, quanto ai modi di tale esercizio, e se non altro, quanto al tempo di durata del mandato.

È da avvertire ai diversi ordini di casi in cui possono verificarsi delegazioni legislative.

Qualche volta sono *pieni poteri*, che vengono temporaneamente attribuiti al governo, per circostanze straordinarie, le quali impediscono transitoriamente l'azione del Parlamento.

Altre volte, trattandosi di ridurre ad unico testo varie leggi emanate successivamente sopra una data materia, coordinandone tra loro le disposizioni, ovvero anche d'introdurre in un corpo di nuove leggi da promulgarsi quelle modificazioni che siano necessarie per stabilire fra le loro disposizioni stesse e con quelle ancora d'altre leggi preesistenti l'opportuno accordo, il potere legislativo affida al Governo questo ufficio, a cui, per la necessità di studi ed operazioni particolari e minute, meno opportunamente si presterebbe l'opera parlamentare.

Accade eziandio che non potendosi provvedere opportunamente in una legge a tutto quanto sarebbe necessario per la completa sua attuazione, il Parlamento commetta al Governo la determinazione di qualche particolarità — per esempio d'una circoscrizione territoriale, d'un elenco di

uffizi, o simili — talchè le disposizioni che verranno stabilite in proposito abbiano poi a considerarsi come formanti parte integrante della legge, che conferisce al Governo tale mandato.

Ma i casi più frequenti a verificarsi sono quelli in cui sia concessa al potere esecutivo la facoltà d'introdurre nei regolamenti di sua competenza, per la esecuzione delle leggi, certe disposizioni relative a particolari oggetti, che veramente dovrebbero essere regolati dalle leggi medesime, ma pei quali esse si riferiscono alle norme da stabilirsi nei relativi regolamenti; ad esempio, per i termini e le forme da osservarsi in atti e ricorsi contemplati da quelle leggi, per le pene da applicarsi ai trasgressori delle disposizioni di esse, ecc.

In questi ultimi casi, non meno che negli altri precedentemente indicati, crediamo doversi riguardare come requisito indispensabile per l'esistenza d'un vero mandato legislativo, che sia conferita al potere esecutivo qualche facoltà eccedente le ordinarie sue attribuzioni secondo lo Statuto. Per l'art. 6 di questo: " Il Re fa i decreti e rego-
" lamenti necessari per la esecuzione delle leggi, senza
" sospenderne l'osservanza o dispensarne ". Ora, se in una legge sia detto semplicemente — come avviene spessissimo con una formola usualmente adottata — che *il Governo del Re avrà facoltà di provvedere con decreto reale a quanto occorra per l'esecuzione di quella legge*, ovvero che *con Decreto reale si provvederà ai regolamenti occorrenti per l'esecuzione della legge;* è ben chiaro che nel primo modo non si fa che riprodurre la disposizione stessa dello Statuto; nel secondo, tutt'al più, si dichiara legislativamente la necessità del regolamento per l'esecuzione della legge, obbligando così il Governo a stabilirlo; ma nell'uno o nell'altro non si estendono in veruna maniera le attribuzioni meramente regolamentari del potere esecutivo, non gli si delega di fare disposizioni che abbiano caratteri ed effetti di vere leggi. Ond'è che quanto il potere esecutivo stabilisca, in adempi-

mento di simili disposizioni contenute nelle leggi, non potrà avere efficacia fuorchè come regolamentare semplicemente; epperò, certamente, a condizione di non trovarsi in opposizione colla legge alla cui esecuzione è destinato a provvedere.

22. Le osservazioni, che abbiam fatte nel numero precedente, dovrebbero, per quanto ne sembra, facilitare la risoluzione d'una questione importante, che ha diviso la giurisprudenza delle nostre Corti supreme. Tale questione consiste nello stabilire, se l'autorità giudiziaria, a cui sia chiesta l'applicazione d'una disposizione data dal potere esecutivo, in conseguenza d'una delegazione legislativa, abbia missione di giudicare intorno all'essere conforme al mandato, od eccedente i limiti di esso, la disposizione di cui si tratti, ed in caso di eccesso debba negarne l'applicazione. Nei casi che formavano oggetto di controversia, questa volgeva specialmente intorno all'ipotesi che la disposizione data dal potere esecutivo fosse accusata di contraddizione a quelle della legge da cui dipendeva; e la giurisprudenza, rimasta costante per lungo tempo nel ritenere che non potesse esser lecito all'autorità giudiziaria disapplicare sotto specie di eccesso di potere una disposizione data in virtù di delegazione legislativa, ed avente perciò il valore di una legge vera e propria (1), piegò ultimamente in favore della teorica opposta, ammettendo che spetti all'autorità giudiziaria il conoscere se un atto emanato per delegazione legislativa dal potere esecutivo stia dentro i limiti del mandato conferitogli, o lo ecceda, per negarne in quest'ultimo caso l'applicazione (2). Questa dottrina

(1) V. Decisioni delle Corti di cassazione di Firenze, 15 giugno 1867, (*Ann.* I, 1, 205); 30 marzo 1873 (*Ann.* VII, 1, 753); 29 novembre 1875 (*Ann.* IX, 1, 532), 4 marzo 1876 (*Giur.* di Torino, XIII, 343); di Torino, 24 gennaio 1868 (*Ann.* II, 1, 20); di Napoli, 22 ottobre 1869 (*Ann.* III, 1, 411).

(2) V. Decisioni della Corte di Cassazione di Roma, 4 luglio 1877 (*Giurispr.* di Torino XV, 144); 12 luglio 1878 (*Ann.* XII, 1, 189).

vigorosamente propugnata dal Saredo, fu pure seguìta dal Pacifici-Mazzoni (1). — Nè esiteremmo ad aderirvi pienamente, qualora si limitasse alla retta e semplice applicazione del principio che l'autorità giudiziaria, a cui sia chiesto di applicare una disposizione data dal potere esecutivo in virtù d'una delegazione legislativa, abbia non solo il diritto, ma il dovere di esaminare se quella disposizione si contenga nei limiti delle facoltà risultanti da quel mandato del potere legislativo, e qualora riconosca che li abbia ecceduti, debba negarne l'applicazione. È troppo chiaro che se il potere esecutivo rappresenta il legislativo negli atti che fa per delegazione di quest'ultimo, è solo in quanto codesti atti siano compresi nel mandato conferitogli; che se eccede i limiti del mandato stesso, è come se agisse senza delegazione alcuna; e che nell'uno, non meno che nell'altro caso, ciò che fu fatto deve considerarsi come non avvenuto. Sono questi principii di ragione evidente, che debbono applicarsi alla delegazione legislativa, come al mandato ordinario.

Ma ci sembra che nella questione presente l'estensione che si dà all'applicazione di quei principii si renda soverchia, comprendendovi anche ciò che non costituisce veramente un eccesso sulle facoltà risultanti dal mandato, ma piuttosto e soltanto una mala esecuzione di esso.

Ritorniamo sui casi diversi che abbiamo specificati nel numero precedente, per chiarir meglio il nostro pensiero.

Il Governo, a cui furono conferiti poteri eccezionali, ha continuato a valersene anche dopo spirato il termine prefisso dalla legge che li concedeva, o ne ha esteso l'esercizio al di là degli oggetti che quella legge determinava.

Nel coordinare e ridurre a testo unico varie leggi successivamente emanate sopra una data materia, il Governo, a cui per legge n'era stato affidato l'incarico, ha introdotto nel testo così ricomposto disposizioni nuove, non esistenti

(1) V. Saredo, op. cit., n. 276-280; Pacifici-Mazzoni, op. cit., n. 10, nª 3, pag. 27 e seg.

in alcuna delle leggi anteriori, che si trattava di coordinare.

È stabilito in una legge, che con Decreto reale successivo saranno dati certi provvedimenti necessari a completare le disposizioni della legge medesima, della quale perciò quei provvedimenti verranno a formar parte integrante; ma nel decreto reale si dispone anche sovra oggetti non compresi in quelle disposizioni della legge.

In un regolamento, nel quale per virtù d'una disposizione della legge alla cui esecuzione esso è diretto a provvedere, potevano esser fatte dal potere esecutivo disposizioni relative a determinati oggetti, se ne includono anche altre riguardanti oggetti diversi, e che non sono di natura loro meramente regolamentari.

In tutte codeste ipotesi è manifesto che il potere esecutivo avrà ecceduti i limiti del suo mandato, esercitando le funzioni legislative fuori della delegazione, che gliene era stata eccezionalmente attribuita. L'autorità giudiziaria non potrebbe dunque applicare queste disposizioni arbitrariamente fatte, ma dovrebbe anzi considerarle, quanto agli effetti giuridici che se ne invocassero, come non avvenute.

Ma nell'ultimo dei casi sopra rammentati pongasi invece che il Governo abbia fatte disposizioni, il cui oggetto sia veramente tra quelli che per delegazione legislativa era autorizzato a regolare, ma il cui contenuto venga accusato di contraddire in qualche parte alle regole stabilite dalla legge stessa portante quella delegazione. L'autorità giudiziaria avrà ad occuparsi di questo punto, potrà sindacare e censurare la disposizione emanata per mandato legislativo, dovrà negarne l'applicazione se le apparisce contraddittoria alle disposizioni della legge a cui riguarda? È a ciò che si riduce la questione; ed è in ciò che ci sentiremmo, quanto a noi, più sicuri attenendoci all'antica giurisprudenza, che seguendo la nuova. Supponiamo sempre — giova ricordarlo — che le facoltà attribuite dal potere legislativo

all'esecutivo non siano quelle semplicemente regolamentari, che già gli spettano in virtù dello Statuto; poichè in tal caso, come già avvertimmo, la dichiarazione scritta nella legge, che il Governo abbia a fare le disposizioni regolamentari occorrenti per la esecuzione di essa, non potrebbe immutare la natura delle disposizioni stesse, le quali rimanendo pur sempre regolamentari, e non altro, non potrebbero quindi avere efficacia, se non a condizione di non trovarsi in opposizione colla legge alla cui esecuzione debbono provvedere. Supponiamo invece che al potere esecutivo sia stato dato un vero mandato legislativo, la facoltà cioè di fare disposizioni che al potere legislativo soltanto competerebbero; e che il Governo abbia esercitato tale mandato disponendo nelle materie e intorno a quegli oggetti particolari appunto che nella delegazione legislativa erano determinati. E in tale ipotesi ci sembrano esattissime le osservazioni; che codeste disposizioni, fatte in virtù della delegazione legislativa, assumono il carattere di leggi vere e proprie; che perciò l'autorità giudiziaria ha obbligo di applicarle quali sono, senza potere sindacarne l'intrinseco, censurarne il contenuto, negarne l'efficacia giuridica sotto pretesto che siano contrarie ad altre disposizioni della legge; che se tale vizio sussista veramente, il correggerlo spetta soltanto al potere legislativo delegante, sia coll'abrogare semplicemente le disposizioni malamente fatte dal potere esecutivo delegato, sia col sostituirvene altre concordanti con quelle della legge.

Si obbietta, che per poter affermare il carattere di legge vera e propria in una disposizione emanata per delegazione dal potere esecutivo, bisogna supporre ch'esso abbia disposto contenendosi nei limiti del mandato conferitogli, mentre li ha ecceduti se ha fatte disposizioni contrarie alla legge. L'obbiezione è apparentemente assai grave. Ma vi risponde quanto già notammo: che, cioè, se il potere esecutivo ha fatte le disposizioni demandategli, nelle materie e sopra gli oggetti particolari determinati nell'atto legislativo di

delegazione, non può dirsi che abbia ecceduti i limiti del mandato conferitogli. Supposto pure che quelle disposizioni fossero in contraddizione ad altre della legge che diede occasione alla delegazione legislativa, al potere esecutivo potrebbe rimproverarsi una mala esecuzione del mandato, non propriamente un eccesso sulle facoltà col medesimo conferite. Certo, che in un senso larghissimo potrebbe dirsi che esca dai limiti del mandato anche chi lo adempia malamente, perchè ciò è in opposizione colle intenzioni e collo scopo del mandante; ma in diritto non può confondersi l'uno di questi casi coll'altro, tanto che l'eccesso sulle facoltà conferite al mandatario fa considerare come inesistente giuridicamente l'operato da lui, mentre la mala esecuzione lo espone soltanto alla responsabilità personale verso il mandante. L'eccesso sui limiti del mandato può riconoscersi esteriormente, dal semplice confronto dei termini in cui esso è concepito coi fatti compiuti dal mandatario; ma per giudicare della buona o mala esecuzione, bisogna addentrarsi nell'esame intrinseco dell'affare compiuto. E se queste considerazioni, relative al mandato ordinario, si applicano congruamente alla delegazione legislativa, troviamo qui pure, che per conoscere se il potere esecutivo abbia ecceduto il mandato conferitogli, l'autorità giudiziaria non ha che a confrontare i termini della legge di delegazione con quelli della disposizione data dal potere delegatario, per vedere se questa si sia contenuta nelle materie, negli oggetti particolari e nei termini prefissi da quella; mentre col pronunciare l'inapplicabilità della disposizione data in virtù di delegazione legislativa, per contrarietà colle leggi anteriori, l'autorità predetta giudicherebbe un atto avente i caratteri di legge, sindacandone intrinsecamente il contenuto. E che avverrebbe qualora il potere legislativo reputasse conciliabili colle leggi precedenti quelle disposizioni date dal potere esecutivo delegato, che le autorità giudiziarie ritenessero invece essere in opposizione? Che il potere giudiziario s'imporrebbe in ultimo risultato

al legislativo; il quale, per render di fatto efficaci quelle disposizioni, sarebbe costretto a convertirle in nuove leggi ordinarie. Fu detto da taluno che l'opinione adottata dalla Corte di cassazione di Firenze e da altre *turberebbe l'assetto costituzionale dello Stato e la divisione dei poteri*. A noi pare che sia vero precisamente l'opposto.

23. Come il mandato ordinario si estingue pel compimento dell'affare che ne formava oggetto, così la delegazione legislativa si esaurisce quando il potere esecutivo abbia emanate quelle speciali disposizioni che gli furono commesse. Ciò però intendiamo del vero mandato legislativo; pel quale, cioè, siano conferite al governo del Re facoltà che eccedano le ordinarie sue attribuzioni. Chè se — come altra volta osservammo — sia solo dichiarato in una legge, che a quanto occorra per la esecuzione di essa sarà provveduto con decreto reale; siccome con ciò nulla si aggiunge all'attribuzione conferita al potere esecutivo dall'art. 6 dello Statuto, secondo il quale è il Re che *fa i decreti e i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi*, così tanto meno una tale dichiarazione potrebbe avere per effetto di limitare in qualche modo l'esercizio della predetta attribuzione. Ora, poichè i regolamenti fatti per l'esecuzione delle leggi sono sempre mutabili a giudizio del potere esecutivo, quando esso riconosca in effetto insufficienti a conseguire lo scopo quelli che aveva prima stabiliti, la facoltà di variarli spetta dunque al potere stesso quando anche la necessità del regolamento sia stata espressamente dichiarata nella legge. Nè per ciò può esservi luogo a parlare di estinzione del mandato legislativo, mentre gli estremi di questo veramente non concorrevano, e il potere esecutivo agisce in virtù delle sue attribuzioni ordinarie determinate dallo Statuto.

Supposto invece che si tratti d'una vera delegazione legislativa, che, cioè, in una legge siasi demandato al Governo del Re di fare disposizioni, le quali per la natura

loro spetterebbero unicamente al potere legislativo, par chiaro che una volta promulgate quelle disposizioni, avendo esse efficacia come leggi vere e proprie, non potrebbero ormai più essere abrogate o derogate, se non per nuove leggi direttamente emanate dal potere competente secondo lo Statuto; ma il potere esecutivo non potrebbe arrogarsi una simile facoltà, fondandosi sulla delegazione legislativa, la quale coll'adempimento del mandato ha cessato giuridicamente di esistere. Perciò la massima, proclamata in qualche decisione, che il mandato legislativo non cessi perchè le disposizioni formanti oggetto di esso siano state date una prima volta dal potere esecutivo, ma questo abbia facoltà di sostituirvi nuove disposizioni ogni volta che riconosca insufficienti le prime (1), sembrerebbe applicabile solamente al caso in cui la dichiarazione contenuta nella legge, che si provvederà all'esecuzione di essa mediante regolamento approvato con decreto reale, non fosse accompagnata dall'attribuzione di alcuna speciale facoltà al potere esecutivo per fare disposizioni non semplicemente regolamentari, ma aventi i caratteri di leggi vere e proprie.

Può avvenire per altro, che la delegazione legislativa non abbia a reputarsi esaurita colle disposizioni emanate una volta, in adempimento di quella, dal potere esecutivo; quando la delegazione medesima abbia per oggetto le regole da stabilirsi per più rapporti giuridici distinti, quantunque relativi alla stessa materia; e il Governo riconosca conveniente, o per la natura stessa di quei rapporti, o per altri motivi, di regolarli separatamente e con disposizioni successive. Nulla osterebbe allora a potersi, dopo le prime disposizioni date per alcuni di quei rapporti, regolare gradatamente gli altri (2); ma dovrebbe reputarsi esaurito il mandato relativamente a quelle parti intorno alle quali

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Roma, 22 febbraio 1878 (*Giur.* di Torino, XV, 425).

(2) Decisione della Corte di cassazione di Roma, 13 gennaio 1877 (*Giur. It.*, XXIX, t. 259).

venisse successivamente disposto, sicchè le regole intorno ad esse stabilite non sarebbero mutabili dal potere esecutivo, salvo che intervenisse una nuova delegazione legislativa.

24. La parola *diritto*, intesa nel senso più proprio, significherebbe *la relazione di conformità delle azioni umane colle leggi;* nel qual senso appunto si suol dire che un determinato atto o fatto sia conforme o sia contrario al diritto. Sotto questo aspetto, pertanto, le leggi non sarebbero che il fondamento del diritto, il quale consisterebbe nell'essere conformi alle leggi le azioni degli uomini.

Più spesso, però, si usano come sinonimi le parole *leggi* e *diritto;* o piuttosto si designa colla parola *diritto* un *complesso di leggi;* sia comprendendovi tutte in generale le leggi d'un determinato ordine, senza distinzione di nazionalità, come quando si distingue il *diritto naturale* dal *diritto positivo;* sia riferendosi alla intera legislazione d'una nazione, laonde si dice *diritto italiano, diritto francese, diritto germanico;* sia parlando delle leggi che regolano un certo ordine speciale di rapporti giuridici, sotto il quale aspetto si differenziano il *diritto pubblico* dal *privato;* e in quello il *costituzionale*, l'*amministrativo*, il *penale ;* in questo il *civile*, e il *commerciale*.

Frequentemente ancora si adopera la parola *diritto* per indicare la ragione giuridica, che taluno abbia contro una persona o sopra una cosa; per esempio, *diritto di alimenti, diritto di credito, diritto di proprietà, d'usufrutto, d'ipoteca*, ecc. Ovvero colla stessa parola adoperata in plurale, si accenna ad un complesso di ragioni giuridiche tra le quali esiste connessità, come *diritti di patria podestà, d'autorità maritale, diritti successorii;* od anche ad un complesso di ragioni distinte per categorie, secondo le speciali qualità loro, per esempio *diritti politici* e *civili, diritti personali* e *reali, diritti immobiliari* e *mobiliari, diritti litigiosi*, ecc.

Talora la parola *diritto* si applica alla scienza stessa delle leggi, come sinonimo di *giurisprudenza;* che vuol dire

appunto la scienza del diritto, cioè la collezione ordinata dei principii relativi alle leggi, alla loro interpretazione ed applicazione.

Per altro sotto il nome di giurisprudenza, in un significato più limitato e particolare, s'intende l'*abitudine praticamente adottata dalle autorità giudiziarie d'interpretare ed applicare una legge in una determinata maniera*, ovvero il risultamento di quest'abitudine.

25. La giurisprudenza, nel senso proprio ultimamente indicato di questa parola, non può risultare che da un complesso di decisioni giudiziali uniformemente pronunciate sovra casi simili; il che costituisce pei giureconsulti e pei magistrati stessi un'autorità morale opportuna a dirigere e chiarire la interpretazione delle leggi esistenti, od a somministrare un mezzo di supplemento per la risoluzione dei casi, ai quali non si possa applicare un testo preciso di legge.

Accennammo però che l'autorità della giurisprudenza è morale, non legale, perchè, infatti, se col numero delle decisioni pronunciate in un medesimo senso si accresce il valore della interpretazione con esse data ad una determinata disposizione di legge, o dell'applicazione da farsi a casi simili d'un dato principio generale di diritto, e se codesto valore non è puramente scientifico, e dipendente perciò dalla sola importanza delle ragioni a cui le sentenze si appoggiano, ma viene corroborato inoltre dall'autorità che naturalmente spetta alla magistratura giudiziaria; è certo, d'altro lato, che da tutto ciò non può ancora risultare l'effetto di rendere obbligatorie le massime della giurisprudenza, per quanto costantemente e diuturnamente ritenute. È questa una conseguenza del principio della divisione dei poteri, e della regola secondo la quale è vietato ai giudici di pronunciare in via di disposizione generale e regolamentare. Laonde avviene che dovendo le sentenze dei magistrati giudiziari, e gli effetti di essa, limitarsi strettamente ai casi singoli che hanno formato oggetto di

controversia, nè potendo estendersi mai a contestazioni diverse, fra altre parti contendenti, o per altri oggetti di lite, o per differenti cause di domandare, possano essere rispetto ad altre dispute giudiziali invocate come esempi, ma non mai formare stato di cosa giudicata. E, come altra volta avemmo occasione di osservare, nel caso stesso contemplato dall'articolo 547 del Codice di procedura civile, la decisione pronunciata dalla Corte di cassazione a sezioni riunite, se cassa la seconda sentenza per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, obbliga bensì l'autorità giudiziaria, a cui viene nuovamente rinviata la causa, a conformarsi alla massima stabilita dalla Corte suprema intorno al punto di diritto sul quale essa ha pronunciato; ma ciò ha effetto soltanto fra le stesse parti contendenti, e relativamente a quel determinato oggetto di controversia, mentre per ogni altro affare, o fra altre parti, o per una diversa causa di domanda, quella ed ogni altra autorità giudiziaria, e la Corte stessa di cassazione possono adottare una massima diversa (1). Gli esempi di divergenze, di incertezze, di contraddizioni, di ripetuti mutamenti non sono rari, forse anche sono troppo frequenti nella giurisprudenza nostra; nè è nuovo che le stesse Corti supreme recedano talvolta da massime stabilite prima con molte e costanti decisioni; nè di ciò è da farsi rimprovero, anzi n'è dovuta lode, qualora i cangiamenti non avvengano leggermente e per vano desiderio di novità, ma con matura ponderazione, e per quello spirito di giustizia a cui il magistrato deve sottomettere ogni altro sentimento.

Ecco perchè dicemmo essere più morale che legale l'autorità della giurisprudenza. Essa ha inoltre un'altra importantissima influenza, che quantunque risulti indirettamente soltanto, come effetto dell'ufficio, che alla magistratura incombe per la risoluzione dei singoli casi controversi, non manca di giovare grandemente per l'avvenire ai progressi

---

(1) V. sopra, n. 10, pag. 42.

della legislazione. Nelle decisioni che i magistrati giudiziari pronunciano, e più nei ragionamenti a cui le appoggiano, essi hanno occasione di segnalare i difetti delle leggi vigenti, di accennare ai rimedi possibili per ripararvi, di rendersi interpreti della coscienza pubblica, del sentimento morale della nazione, stimolando così il legislatore a quelle riforme che si rendano necessarie, ed additando la via per la quale possa giungersi a ravvicinare sempre più la legislazione positiva all'aspirazione della giustizia assoluta.

26. Poichè la parola *diritto* viene adoperata come sinonimo di *leggi*, è conseguente che si applichino a quello le medesime distinzioni che già accennammo tra le diverse specie di queste.

Si dice perciò *diritto naturale* il complesso dei precetti imposti agli uomini dall'Autore della natura, e ad essi rivelati mediante lo svolgimento della loro ragione; e *diritto positivo umano* il complesso delle regole a cui sono sottoposti per le loro azioni gli uomini costituiti in istato di società civile, le quali regole emanano dal potere sociale.

Il diritto positivo è *pubblico* od è *privato;* e il primo si suddistingue in *interno* ed *esterno.*

Del *diritto pubblico interno* fanno parte il diritto *costituzionale*, il *politico*, l'*amministrativo*, il *criminale* (1).

Al *diritto pubblico esterno* appartiene l'*internazionale*, in quanto regola i rapporti fra Stato e Stato, od anche fra lo Stato come tale e i cittadini d'uno Stato diverso. Il diritto internazionale comprende anche le regole riguardanti le relazioni tra più particolari appartenenti a Stati diversi; ma questo si dice *diritto internazionale privato* (2).

Al diritto *internazionale* si contrappone il *nazionale*, quello cioè che un popolo stabilisce per se stesso, per coloro che fanno parte della nazione.

---

(1) V. sopra, n. 8, pag. 22, 23.
(2) V. detto, n. 8.

Anche il diritto internazionale si può suddistinguere in *naturale* e *positivo.* Il primo risulta dalle regole che governano i rapporti fra le nazioni indipendentemente da qualunque disposizione, convenzione, trattato, o vincolo federativo tra loro; mentre il secondo consta delle disposizioni emanate dal potere sociale di ciascuno Stato per regolare i rapporti suoi cogli altri Stati, o contenute in trattati o convenzioni diplomatiche, o in reciproche dichiarazioni equivalenti, ovvero delle disposizioni stabilite per determinare le relazioni fra più popoli uniti da vincolo federativo.

Al diritto internazionale si dà anche talvolta meno propriamente la denominazione di *diritto delle genti;* meno propriamente, perchè il *diritto delle genti* non sarebbe veramente che il diritto naturale stesso, in quanto regola i nostri doveri verso gli altri uomini senza riguardo alla nazione alla quale questi appartengono. E le regole proprie di questa parte del diritto si dicono *delle genti,* appunto perchè universalmente ricevute, siccome dettate dalla ragione naturale per servire di legame fra tutti gli uomini, fra tutti i popoli. Ond'è che certe istituzioni e certi contratti si dicono *del diritto delle genti,* perchè appartengono al diritto comune di tutte le nazioni, come il matrimonio, la compra e vendita, la locazione, la società.

Il *diritto privato* risulta dal complesso delle leggi che regolano i rapporti tra i cittadini, e che riguardano i loro interessi particolari; o si riferiscano poi questi *alle persone* od *ai beni.* In tal senso il *diritto privato* si suol pure indicare colla denominazione di *diritto civile;* sebbene, giusta il significato preciso delle parole, dovesse intendersi per diritto civile in genere il *diritto positivo nazionale,* sicchè vi si verrebbe pure a comprendere il diritto pubblico di ciascun popolo: “ Quod quisque populus ipse sibi jus con- “ stituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus “ civile, quasi jus proprium ipsius civitatis „ (Inst. — *de jure nat. gent. et civ.* — § 1°, 1, 2).

Il diritto civile, inteso nel senso ora indicato, si suddistingue in *teorico* e *pratico*, in *generale* e *speciale*. Il teorico risulta dalle leggi che stabiliscono i diritti dei cittadini nei rapporti privati; e il Codice civile è la collezione ordinata e metodica delle principali tra queste leggi. Il diritto civile pratico, poi, consta delle regole determinate dal legislatore affinchè i privati ottengano che sia fatta ragione ai diritti risultanti in loro favore dalle leggi civili; le quali regole, raccolte principalmente nel Codice di procedura civile, stabiliscono i mezzi per far valere quei diritti, e la maniera e le forme con cui debba procedersi nell'impiego di tali mezzi.

Le norme applicabili comunemente a tutti i privati per regolare i loro interessi, i loro rapporti reciproci, costituiscono il *diritto civile generale;* mentre il *diritto civile speciale* risulta da quelle disposizioni particolari, che per motivi tratti da peculiari condizioni di persone, o per interesse pubblico, regolino i rapporti privati in modo diverso da quello che colle leggi generali è stabilito. Così il Codice di commercio, che regola i rapporti dei commercianti come tali, sia fra di loro, sia rispetto ai non commercianti, appartiene ad un *diritto civile speciale*, che è quello appunto dei commercianti.

Teoricamente il diritto positivo si suddivide ancora in *scritto* e *non scritto;* secondochè risulti da regole stabilite per dichiarazioni espresse dall'autorità che ha il potere di far leggi nello Stato, o dagli usi, dalle consuetudini del popolo, tacitamente approvate dal legislatore. Da ciò si fa manifesto come questa suddivisione del diritto riguardi l'origine da cui esso emana, e come il fondamento della distinzione non consista veramente nella forma esteriore, con cui siano state manifestate le regole obbligatorie dalle quali risulta il diritto, ma nell'esser esse emanate dal potere legislativo in modo diretto ed espresso, o in modo soltanto indiretto e tacito. Così le consuetudini tacitamente approvate dal legislatore si dissero sempre costituenti

diritto non scritto, anche quando, allo scopo di constatarle, n'era stata fatta una compilazione in iscritto.

27. Per consuetudine, in diritto, intendesi l'osservanza generale, costante e pubblica di determinate regole, considerate dall'opinione comune come obbligatorie, per un dato rapporto giuridico. Altri la definirono: " tutto " ciò che si pratica ordinariamente in un paese relativa- " mente ai diversi affari che si trattano fra gli uomini „ (1).

L'essere una determinata regola accettata generalmente e costantemente da tutti come legalmente obbligatoria, l'avvenir ciò pubblicamente, di modo che il legislatore possa averne conoscenza, il non essere stata quella regola disapprovata nè espressamente nè tacitamente dal legislatore stesso, sono dunque i tre elementi fondamentali, pel cui concorso soltanto è ammissibile che una tale regola abbia veramente la forza di obbligare alla sua osservanza. E che tale virtù le si possa attribuire in pura teoria, non è dubbio. È la coscienza collettiva di ciascun popolo, che costituisce il mezzo pel quale gli vengono rivelati i principii del diritto, i precetti suscettibili giuridicamente di divenire oggetto d'una coercizione esteriore; il che appunto rende il diritto necessariamente progressivo, poichè il senso morale d'una nazione si viene modificando e perfezionando a misura del grado di civilizzazione che acquista. Ora, quando, nello Stato in cui un popolo si trova, riconosce come precetti giuridicamente obbligatorii certe norme, che come tali vengono perciò applicate generalmente, costantemente e pubblicamente, ed il legislatore lo tollera, nè stabilisce regole contrarie o diverse per quei dati rapporti giuridici; è naturale il presumere che quei precetti abbiano anche l'approvazione, tacita almeno, del legislatore stesso. E d'altra parte, essendo indispensabile aver

(1) V. Toullier, t. I, n. 158. — Merlin, *Rép.*, v° *Usage.* — Mailler de Chassat, *Tr. de l'interprétation des lois*, pag. 234.

norme per risolvere le contestazioni che insorgano, e non essendone data — come supponiamo — alcuna dalla legislazione positiva, che possa applicarsi ai rapporti giuridici controversi, rimane giustificato il ricorrere suppletivamente alle regole che siano stabilite in proposito dalle consuetudini.

Ma ciò, che è approvabile certamente in teoria generale, è poi applicabile, e in caso sotto quali limitazioni, nella legislazione nostra? È ammissibile, nel sistema costituzionale da cui siam retti, che vi siano precetti giuridici obbligatorii, non stabiliti espressamente dalle autorità competenti secondo lo Statuto, ma risultanti da semplici consuetudini?

È chiaro, prima di tutto, che il quesito così proposto si rivolge veramente soltanto a ricercare se possa, o no, attribuirsi virtù giuridica obbligatoria a consuetudini divenute tali dopo l'attivazione della nostra legislazione attuale. Chè per le consuetudini anteriori, le quali, secondo i principii allora vigenti, avessero già acquistata forza di legge, la questione si presenta sotto tutt'altro aspetto; sotto quello, cioè, dell'abrogazione che tali precetti giuridici stabiliti per consuetudine abbiano subìta in forza dell'attivarsi della nuova legislazione. E in questo rapporto abbiamo nelle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile la dichiarazione espressa, contenuta nell'articolo 48, che “ *nelle materie formanti soggetto del nuovo* “ *Codice*, cessarono di aver forza, dal giorno dell'attua- “ zione del medesimo, tutte le altre leggi generali o spe- “ ciali; *come pure gli usi e le consuetudini, a cui il Codice* “ *stesso espressamente non si riferisca* „. Eccettuati pertanto i casi particolari, nei quali per regolare determinati rapporti giuridici il Codice civile si riferisca espressamente agli usi locali, ogni consuetudine, che avesse anteriormente vigore come legge *in qualsiasi materia di diritto privato generale*, rimase colpita d'esplicita abrogazione (1).

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 16 marzo 1876, (*Ann.* X, 1, 135).

Ciò però si restringe alle materie contemplate dal Codice civile; nelle quali certamente non potrebbesi mai ritenere conservato il vigore di legge alle consuetudini anteriori, quand'anche esse riguardassero rapporti particolari compresi in quelle materie, pei quali non si trovasse nel Codice nè una precisa disposizione, che fosse loro applicabile, nè altra disposizione concernente casi simili o materie analoghe, alla quale potesse ricorrersi suppletivamente. In tali casi le autorità giudiziarie dovrebbero valersi dei *principii generali di diritto* — com'è detto nell'articolo 3, § ultimo delle disposizioni premesse al Codice civile — per risolvere le controversie sulle quali fossero chiamate a giudicare. Per altre materie, di diritto pure *privato*, ma *speciale*, non può dirsi altrettanto; chè anzi, giusta l'art. 1° del Codice commerciale " in materia di commercio si os-" servano le leggi commerciali. Ove queste non dispon-" gano, si osservano *gli usi mercantili; gli usi locali o spe-" ciali prevalgono agli usi generali*. In mancanza si applica " il diritto civile ". Dal che deriva che gli usi mercantili essendo obbligatorii per espressa dichiarazione del legislatore, per quei rapporti che non siano regolati da disposizioni contrarie o diverse delle leggi commerciali, le sentenze che in tali casi violassero codesti usi, sarebbero soggette a cassazione, perchè avrebbero violata nel medesimo tempo la riferita disposizione del Codice di commercio, da cui tali usi vengono consacrati.

Per le materie di *diritto pubblico*, non vi è disposizione di abrogazione espressa e generale delle consuetudini anteriori; vi è al contrario qualche disposizione espressa che le mantiene per alcune di quelle materie. Ed anche l'art. 2 del Codice civile, parlando dei *corpi morali legalmente riconosciuti*, dichiara che " sono considerati come persone, " e godono dei diritti civili secondo le leggi e *gli usi " osservati come diritto pubblico* ".

Ma indipendentemente da tali disposizioni, può dirsi, che in mancanza d'una dichiarazione generale per le ma-

terie di diritto pubblico, simile a quella che fu fatta per le materie di diritto privato nel citato art. 48 delle disposizioni transitorie pel Codice civile, non è da ritenersi che abbiano cessato d'aver vigore, in conseguenza dell'attuazione della nuova nostra legislazione, se non quelle, tra le consuetudini osservate come diritto pubblico, che siano state abrogate espressamente per speciale dichiarazione del legislatore, o tacitamente per incompatibilità colle nuove leggi o coi nuovi principii di diritto pubblico, o perchè una legge nuova regoli l'intera materia, a cui quelle precedenti consuetudini si riferivano (art. 5 delle disposizioni premesse al Codice).

Ciò ritenuto in ordine alle consuetudini preesistenti, e limitata ora la questione, che già proponemmo, alle sole consuetudini che si fossero stabilite dopo entrata in vigore la legislazione attuale; per risolvere il dubbio se possa in esse riconoscersi una virtù obbligatoria pari a quella delle leggi vere e proprie, specialmente pei rapporti intorno a cui queste nulla dispongano, è opportuno riferirsi alla distinzione insegnata dalla dottrina tra le consuetudini; secondochè abbiano la sanzione della legge, la quale espressamente vi si riferisca; o siano anzi contrarie alla legge, direttamente, o per semplice dissuetudine; o in fine, non avendo sanzione espressa dalla legge, non siano però nemmeno in opposizione con veruna disposizione di essa.

28. Oltre al Codice di commercio, che nell'art. 1° stabilisce doversi osservare gli usi mercantili per tutto quello intorno a cui non dispongano le leggi commerciali; oltre ad alcune leggi amministrative, le quali per le regole da applicarsi a certi rapporti si rimettono esplicitamente agli usi dei luoghi; anche nel Codice civile — non ostante la massima generale, scritta nell'art. 48 delle disposizioni transitorie, che in tutte le materie formanti oggetto di esso abbiano da ritenersi abrogate, non solo le leggi generali o speciali, ma eziandio gli usi e le consuetudini

anteriori — si trovano molte disposizioni nelle quali il legislatore, avendo a dettar norme la cui opportunità non potrebb'essere la stessa in tutte le parti dello Stato, ma per la natura medesima delle materie è variabile da luogo a luogo, ha preferito di lasciare che certi rapporti giuridici siano regolati dalle consuetudini e dagli usi locali, e ne ha fatto dichiarazione espressa. Ciò d'altronde è perfettamente coerente al testo del citato art. 48, dove non si dicono assolutamente e indistintamente aboliti tutti gli usi e le consuetudini anteriori; ma solamente " *gli usi e le consuetudini, a cui il Codice stesso espressamente non si riferisca* „. Era opportuno esprimere questa limitazione di fronte alla regola generale, che si stabiliva, doversi considerare come abrogati, dal giorno dell'attuazione del nuovo Codice, in tutte le materie da esso regolate, gli usi e le consuetudini anteriormente vigenti. Del resto, è ben certo che quelle disposizioni del Codice, le quali espressamente si riferiscono alle consuetudini ed agli usi locali, valgono a comprendere sia le consuetudini già esistenti prima dell'attuazione del Codice, sia gli usi che venissero a stabilirsi posteriormente.

Tra i molti casi di simili riferimenti espressi alle consuetudini ed agli usi locali, ne citeremo alcuni.

L'art. 487 del Codice civile vieta all'usufruttuario di prevalersi degli alberi d'alto fusto esistenti nel fondo usufruito " salvo che si tratti d'alberi sparsi per la campagna, " i quali *per consuetudine locale siano destinati ad essere* " *periodicamente tagliati.*

L'art. 489 dà facoltà all'usufruttuario di prendere pali nei boschi per le vigne comprese nell'usufrutto, ed anche i prodotti periodici degli alberi, *osservando sempre l'uso del paese* e la pratica dei proprietari.

L'art. 580 ordina doversi osservare, in mancanza di regolamenti, *gli usi locali,* e solo in mancanza di questi le distanze legali ordinariamente prescritte per le piantagioni d'alberi verso il confine del vicino, relativamente alle piante

che nascano ed ai piantamenti che si facciano nell'interno dei boschi verso i rispettivi confini, o lungo le sponde dei canali, o lungo le strade comunali, semprechè inoltre non venga opposto con ciò impedimento al corso delle acque ed ai passaggi.

L'art. 582 rimanda ai regolamenti ed *agli usi locali* quanto alle norme da osservarsi pel taglio dei rami o delle radici degli ulivi, che da uno di due fondi vicini protendano i rami od estendano le radici nell'altro.

L'art. 1134 si riferisce *a ciò che si pratica nel paese dove fu stipulato il contratto*, per la interpretazione dei patti ambigui.

L'art. 1505, fissando i termini entro i quali possa proporsi l'azione redibitoria, pei casi in cui siano animali, o siano effetti mobili, che abbiano fatto oggetto della vendita, riserva espressamente *gli usi particolari, da cui siano stabiliti maggiori o minori termini.*

All'uso od alla consuetudine dei luoghi si rimettono gli art. 1607, 1608, 1609 e 1610 per la durata, non fissata nel contratto, delle locazioni di mobili pel guarnimento d'un edifizio, o delle locazioni di appartamenti mobiliati, pel congedo da locazioni di case senza determinazione di tempo, per le tacite riconduzioni e pel congedo da esse. Alla consuetudine si rimette del pari l'art. 1651 quanto alla determinazione del tempo entro cui possa darsi licenza ad un mezzaiuolo, od egli possa prendersela.

L'art. 1654 poi stabilisce, che nel contratto di masserìa debbano osservarsi le consuetudini locali per tutto ciò che non sia regolato dalle disposizioni precedenti, o da convenzioni espresse, e solo in mancanza di consuetudini o di convenzioni espresse prescrive altre norme negli articoli seguenti.

In questi e in molti altri casi, in cui le consuetudini o gli usi locali sono richiamati da disposizioni espresse del Codice civile, come anche in tutti quelli nei quali in materia di commercio debbono osservarsi gli usi mercantili,

non essendovi disposizioni applicabili del Codice commerciale, è evidente come codeste consuetudini od usi ricevano dal testo legislativo che le consacra la forza stessa della legge, della quale virtualmente vengono a formar parte; e come, essendo approvate dal legislatore, non già solo in modo indiretto e tacito, ma diretto ed espresso, debbano perciò considerarsi appartenenti veramente al *diritto scritto*.

La violazione di queste consuetudini in una sentenza farebbe luogo pertanto a potersi impugnare la sentenza medesima come per violazione della legge (art. 517, nº 3º, Cod. proc. civ.). Ciò però a condizione che la violazione della consuetudine sia stata dedotta e provata davanti ai giudici del merito (1); poichè da una parte, per principio fondamentale, non è ammissibile nel giudizio straordinario di Cassazione che si sollevi una questione affatto nuova, non proposta nè discussa dalle parti nel giudizio di merito, ancorchè sia una questione di diritto; e d'altra parte è ufficio esclusivo dei giudici del merito il dichiarare in via di fatto se una determinata consuetudine sussista o no, nè la sentenza potrebb'essere soggetta a Cassazione relativamente all'apprezzamento delle prove, che fossero state prodotte per dimostrare l'esistenza della consuetudine; ma solamente quando, accertata codesta esistenza in fatto, si fosse poi in diritto violata o male applicata la consuetudine come fosse stata accertata, si farebbe luogo a censura davanti la Corte suprema (2).

Le consuetudini od usi locali debbono rappresentare, secondo l'intendimento della legge che le sanziona, il consenso universale prestato in un determinato luogo ad un certo principio giuridico; e tale consenso comune non può essere addimostrato, se non dal lungo abito di applicare costantemente ed uniformemente quel principio allo stesso

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Roma, 25 aprile 1878 (*Legge*, XVIII, 1, 627).

(2) V. Aubry e Rau, vol. I, § 23, pag. 12. — Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 8 maggio 1873 (*Ann.* VII, 1, 257).

rapporto giuridico e nella stessa maniera. Da ciò poi risultano le condizioni particolari, delle quali è necessario il concorso acciocchè i fatti addotti dalla parte interessata possano vestire il carattere di quella consuetudine, che dalla sanzione espressa della legge tragga la sua virtù obbligatoria. Delle quali condizioni ci riserbiamo di tenere poi particolare discorso in uno dei numeri seguenti.

29. Una contrarietà tra consuetudini e precetti di diritto positivo scritto può verificarsi sotto duplice aspetto; in quanto, cioè, qualche consuetudine sia direttamente opposta ad una disposizione di legge, consistendo nel regolare un determinato rapporto giuridico con norme altre da quelle che la legge medesima stabilisce; o in quanto la disposizione di legge sia caduta in *dissuetudine*, pel non uso, per la non applicazione di essa. Ora, proporre il quesito se tali consuetudini possano acquistare virtù obbligatoria, equivale a chiedere se abbiano forza di abrogare le leggi a cui sono contrarie; poichè per ciò stesso sarebbe assurdo il supporre l'efficacia giuridica contemporanea delle une e delle altre, e d'altronde è ben chiaro che se la consuetudine posteriore acquistasse essa medesima forza di legge, dovrebbe necessariamente produrre l'abrogazione della disposizione di legge anteriore, colla quale si troverebbe incompatibile. Siamo perciò costretti ad anticipare qui la esposizione d'una teoria, che troverebbe forse sede più opportuna nella trattazione dell'abrogazione delle leggi, ma che, differita, non ci permetterebbe di completare l'argomento di cui attualmente ci occupiamo; tanto più, poi, che le due questioni dell'abrogazione delle leggi per consuetudine contraria o dissuetudine, e dell'efficacia giuridica attribuibile, o non, alle consuetudini non sanzionate espressamente dalle leggi, ma neppure contrarie a queste, sono così intimamente connesse da non potersi scindere. Tutto, infatti, dipende appunto dallo stabilire, se pel regime costituzionale nostro sia ammissibile che una consuetudine

possa acquistare virtù obbligatoria come legge, indipendentemente da espressa disposizione del potere legislativo; poichè, ammesso ciò, ne sarebbe conseguenza logica il ritenere che anche la consuetudine contraria ad una legge avesse virtù, come legge nuova, di abrogare l'anteriore; e se all'opposto si dimostra che la consuetudine contraria, o la dissuetudine non possa aver forza di abrogare una legge, bisogna pure necessariamente ritenere che la consuetudine per se stessa non sia atta ad acquistar forza di legge, e quindi neppur quella che non sia in opposizione con veruna legge, ma non abbia una sanzione espressa, possa divenire obbligatoria.

La questione sull'abrogazione delle leggi per consuetudine contraria o dissuetudine è controversa. Vi sono rispettabili autorità per ammettere che una legge possa essere abrogata da una consuetudine contraria, o cadere in dissuetudine (1). Ma la dottrina più recente è in senso opposto; e la crediamo, non solo preferibile in teoria, ma confermata da un testo espresso nella legislazione nostra (2).

Si citava in appoggio della prima opinione l'autorità delle leggi romane (L. 32, § 1°, ff. *De legibus*):

" Quid interest suffragio populus voluntatem suam
" declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam
" illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis-
" latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetu-
" dinem abrogentur ".

Fu però osservato giustamente che se una tale teoria è giustificabile in un paese soggetto a monarchia assoluta, dove la legge è l'espressione della sola volontà del capo dello Stato, od anche in un paese retto a governo demo-

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Désuétude* e v° *Appel*, sect. 1, § 3, n. 4; Favard De Langlade, *Rép.*, v° *Désuétude*; Duranton, t. I, n. 107, 108; Trolley, *Cours de droit administratif*, t. 1, pag. 21.

(2) V. Zachariæ, t. I, §§ 23, n. 9, 28; Foucart, *Eléments de dr. publ. et adm.*, t. I, n. 83, pag. 82, seg.; Demolombe, t. 1, n. 35; Aubry e Rau, t. I, § 29, n. 2.

cratico, in cui le leggi siano votate dalla generalità dei cittadini — perchè nell'uno e nell'altro la volontà del principe o il consentimento del popolo può manifestarsi tanto in modo espresso che tacito, epperò l'aver tollerato una consuetudine contraria alla legge, o l'aver lasciata cadere questa in dissuetudine può equivalere a tacita abrogazione della legge stessa — una simile teoria non è però accettabile sotto un regime costituzionale, che stabilendo la divisione dei poteri, e attribuendo al Re, al Senato ed alla Camera dei deputati l'esercizio collettivo del potere legislativo, assoggetta a condizioni ed a forme speciali la proposizione, la deliberazione e la sanzione delle leggi; talchè senza il concorso di queste condizioni e forme essendo impossibile l'emanazione di disposizioni che abbiano valore di leggi, ne rimane perciò assolutamente esclusa l'equivalenza d'un consenso tacito per l'abrogazione di leggi anteriori in forza di consuetudini contrarie, o di dissuetudine.

D'altro lato non è concepibile l'efficacia giuridica d'una consuetudine, se non a condizione, fra l'altro, ch'essa non sia stata disapprovata o espressamente od anche solo tacitamente dal legislatore. Ora, in una legislazione il cui intendimento è di stabilire *regole permanenti* di condotta pei cittadini, è insita necessariamente l'anticipata disapprovazione d'ogni usanza contraria alle leggi; poichè l'ammetterla produrrebbe invece l'incertezza, l'arbitrio, il disordine nelle relazioni sociali.

Gravissimi sarebbero infatti gl'inconvenienti e i pericoli di riconoscere alle consuetudini l'efficacia di abrogare le leggi. Come determinare con sicurezza il giorno preciso in cui l'uso di non applicare la legge, o di applicare un principio contrario a quello da essa proclamato, avesse acquistata tale stabilità da bastare a produrre l'abrogazione della legge medesima? E frattanto, come saprebbero i singoli cittadini se la legge è ancora in vigore, o no, per conformarvi le loro azioni? Potrebbe pure accadere che tra le autorità giudiziarie alcune reputassero applicabile la legge,

altre la consuetudine, apprezzando in linea di fatto le prove somministrate intorno alla esistenza della consuetudine stessa e dei requisiti necessari a verificarsi acciocchè fosse giuridicamente efficace. La Corte di cassazione dovrebbe allora respingere i ricorsi proposti tanto contro le une che contro le altre sentenze: e ne risulterebbe che la medesima disposizione legislativa apparisse ad un tempo come tuttora vigente e come abrogata.

All'opposto, per riparare agl'inconvenienti di mantenere in vigore leggi, le quali non corrispondano più alle condizioni, ai bisogni, ai costumi del popolo, offrono mezzi bastanti le istituzioni costituzionali stesse, senzachè si debba ammettere, con loro offesa, che le leggi deliberate e sancite dal potere legittimo perdano il loro vigore indipendentemente da disposizione emanata nelle forme legali dal potere stesso. Ognuno che sia maggiore di età ha il diritto di mandare petizioni alle Camere (art. 57 dello Statuto); la proposizione delle leggi appartiene al Re ed a ciascuna delle due Camere (art. 10 dello Statuto). Sono dunque aperte le vie legittime per ottenere, quando occorra, l'abrogazione di leggi non giuste, o divenute inopportune, o la sostituzione ad esse di leggi nuove e migliori, senza che si sia costretti a legittimare una specie di usurpazione del potere legislativo ammettendo che i difetti d'una legge possano esser corretti col negarle obbedienza o collo stabilire usi contrari alle sue disposizioni.

A tutto ciò si aggiunge per noi — come già abbiamo accennato — un testo legislativo, che ci sembra abbastanza chiaro e decisivo per risolvere la questione nel senso sopra dimostrato; ed è nell'art. 5 delle disposizioni premesse al Codice. Ivi è stabilito nettamente il principio, che " *le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori* „ soggiungendo poi che queste possono abrogar quelle *per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge regoli l'intera materia già regolata dalla legge anteriore;* e determinando così

le basi della distinzione tra abrogazione espressa e tacita. Ora, con quella dichiarazione esplicita, del non potersi abrogare le leggi se non da altre leggi posteriori, si è negata evidentemente ed assolutamente qualunque efficacia giuridica alle *consuetudini contrarie alle leggi* ed alle *dissuetudini;* e si è con ciò risoluta la questione, alla quale alcuni dei Codici anteriori lasciavano luogo, mentre altri pure la scioglievano espressamente con identica massima. Così il Codice austriaco (§§ 9 e 10) stabiliva: " Le leggi hanno " vigore fino a tanto che non siano dal legislatore cam- " biate, o *espressamente abolite.*

" A consuetudini non si avrà riguardo, se non nei casi " nei quali la legge si riporti alle medesime ".

Il Codice parmense (art. 4) diceva:

" La legge promulgata nel modo stabilito dall'art. 1° " *non può essere abrogata che da un'altra legge promulgata nelle* " *medesime forme* ".

E similmente il Codice estense nell'art. 2:

" Le leggi hanno vigore fino a tanto che non sono " dal legislatore *cambiate od espressamente abrogate* ".

Qualcuna delle nostre Corti supreme si è pure pronunciata nel senso di escludere l'abrogazione delle leggi per dissuetudine o consuetudine contraria (1).

30. Ciò che abbiamo detto nel numero precedente per le consuetudini contrarie alle leggi, rende assai facile, per quanto ne sembra, la risoluzione anche dell'altra questione relativa all'efficacia giuridica che possa attribuirsi alle consuetudini, le quali non abbiano sanzione espressa da alcuna legge, ma neppure le siano contrarie. La rende facile, per quel nesso intimo, che già abbiamo notato, tra l'uno e l'altro quesito; dipendendo essi ugualmente dal determinare in principio, se giusta il nostro ordinamento

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 13 settembre 1880 (*Legge*, XX, 1, 893).

costituzionale sia ammissibile che una consuetudine possa acquistare per se stessa l'efficacia di precetto giuridico. Chè qualora ciò si ritenesse, e le consuetudini in generale fossero quindi da considerarsi come aventi forza di legge, dovrebbe seguirne necessariamente ch'esse avessero ancora la virtù di abrogare le leggi anteriori colle quali fossero incompatibili; ond'è che l'avere dimostrata inammissibile l'abrogazione della legge per virtù d'una semplice consuetudine ad essa contraria, vale altresì ad escludere che le consuetudini in genere abbiano virtù di legge; eccettuato il solo caso che il legislatore stesso abbia ad esse attribuito tale efficacia, riferendovisi espressamente per regolare determinati rapporti giuridici.

Le considerazioni che abbiamo addotte nell'altro numero dimostrano quanto sarebbe opposta ai principii del nostro regime costituzionale la possibilità di un precetto legislativo che si formasse all'infuori delle condizioni e delle forme determinate dallo Statuto: dimostrano come sia inammissibile l'idea dell'*approvazione tacita* data dal potere legislativo ad un precetto giuridico, col solo lasciare che si stabilisse una determinata consuetudine. Certamente non potrebb'essere applicabile qui l'argomento tanto importante addotto da Zachariæ relativamente alle consuetudini contrarie alle leggi, che cioè debbano esse reputarsi anticipatamente disapprovate dal legislatore, perchè si oppongono all'intento di costituire regole permanenti per la condotta dei cittadini (1). Ma in compenso vi è un'altra considerazione, che ci sembra non meno essenziale per lo spirito delle moderne legislazioni, e della nostra in ispecie. Esse tendono all'unificazione, volendosi che tutto un popolo sia retto da identiche norme. L'ammettere che le consuetudini, non sanzionate dalle leggi, ma non contrarie ad esse, potessero acquistar forza giuridica di precetti obbligatorii, sarebbe la negazione dell'accennato principio;

(1) V. Zachariæ, § 23, n. 9.

essendo chiaro che le consuetudini potendo variare da luogo a luogo, rimarrebbero quindi soggette a regole giuridiche differenti diverse parti d'un medesimo Stato.

In fine crediamo che, come per le consuetudini contrarie alle leggi vi è l'articolo 5 delle disposizioni premesse al Codice, il quale escludendo potersi per tali consuetudini abrogare le leggi anteriori, con cui siano incompatibili, viene a stabilire che non abbiano l'efficacia di precetti giuridici, così per quelle non contrarie alle leggi, ma non sanzionate da esse, un'altra di quelle disposizioni, cioè l'art. 3°, dimostri la intenzione del legislatore di negare anche a tali consuetudini ogni virtù obbligatoria. Il secondo paragrafo del citato articolo si occupa dell'ipotesi che una controversia non si possa decidere coll'applicazione di alcuna legge positiva, e stabilisce che debbasi, innanzi tutto, ricorrere con argomenti di analogia *alle disposizioni che regolano casi o materie simili;* e qualora neppure in ciò si trovi mezzo per sciogliere la questione, si debba deciderla *secondo i principii generali di diritto.* Le leggi positive, e in loro mancanza i principii generali di diritto, sono dunque le sole fonti, alle quali il legislatore intende che si possa ricorrere per decidere i litigi; e ciò esclude che le consuetudini, ancorchè non contrarie alle leggi, se queste non vi si riferiscano espressamente, possano considerarsi ed applicarsi come precetti giuridici.

Intorno alla questione finora discussa la dottrina francese è discorde; essendovi chi opina che al silenzio delle leggi positive possano supplire le consuetudini non contrarie ad alcuna legge, nè all'ordine pubblico, nè al buon costume (1); mentre altri negano che nel diritto attuale le consuetudini, ancorchè non contrarie alle leggi, quando queste non vi si riferiscano espressamente, possano mai

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Usage*, § II, n. II; Toullier, t. I, n. 161; Mailler de Chassat, op. cit., pag. 253.

avere efficacia di precetti giuridici obbligatorii come leggi (1). La prima di queste opinioni è anche vivacemente sostenuta da un egregio scrittore nostro (2).

Tutti però sono concordi nell'ammettere che le consuetudini, sebbene non aventi forza di legge vera e propria, possano essere assunte come elementi d'interpretazione, sia delle leggi stesse, sia della volontà delle parti nelle convenzioni e disposizioni private (3); ma taluno aggiunge, che per la interpretazione delle leggi le consuetudini non possono avere che un'*autorità morale* (4).

Intorno a ciò, per altro, reputiamo opportuno aver mente ad un duplice aspetto, che può presentarsi. Nell'interpretare una legge può assumersi come elemento storico una consuetudine invalsa al tempo della promulgazione della legge stessa, e che possa averla determinata. È allora ufficio dei giudici l'indagare quale influenza possa avere esercitata la consuetudine sulla legge come fu stabilita, al fine di accertare la vera intenzione del legislatore, e dare così alla disposizione di lui la retta interpretazione. Sotto altro aspetto si può riguardare come consuetudine il modo in cui la legge fu costantemente eseguita ed applicata, nel qual senso dicevasi nelle leggi romane " optima est legum interpres consuetudo " (L. 37, ff. *De legibus*); ed allora prendendosi come consuetudine anche la giurisprudenza — *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* — è giusta l'affermazione ch'essa non abbia per l'interpretazione delle leggi altro valore che di un'*autorità morale* (5).

Quanto poi all'interpretazione dei contratti o degli atti privati, essendo regola di diritto che i patti o le clausole,

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 23, 1°; Demolombe, t. 1, n. 34, 35; Aubry e Rau, t. 1, § 23.
(2) V. Saredo, op. cit., vol. I, n. 137-164.
(3) V. Demolombe, t. I, n. 34.
(4) V. Aubry e Rau, t. 1, § 23, pag. 43 in f°.
(5) V. sopra, n. 25, pag. 97.

in cui s'incontri oscurità od ambiguità, debbano intendersi conformemente a *ciò che si pratica nel paese dove il contratto o l'atto fu stipulato* (art. 1134 Cod. civ. e arg. da questo art.), è indubitabile, in questo senso, che le consuetudini abbiano a servire all'interpretazione di tali atti o contratti (1); bene inteso, però, che spetti ai giudici del merito il determinarla, combinando quello cogli altri elementi, dai quali possa desumersi la vera intenzione delle parti.

31. Da quanto abbiam detto risulta come vi siano parecchi casi, nei quali le consuetudini legittimamente stabilite possono avere la stessa virtù obbligatoria delle leggi vere e proprie. Nel diritto privato generale furono bensì abrogati generalmente gli usi e le consuetudini, che vigevano anteriormente all'attuazione del Codice civile; fatta eccezione, però, dei non pochi casi, nei quali il Codice stesso espressamente si riferisce, per le regole da applicarsi a certi rapporti giuridici, alle consuetudini ed agli usi locali. In tali casi, pertanto, e le consuetudini, che prima avevano vigore di legge, lo hanno conservato, e non è escluso che nuove consuetudini possano stabilirsi; le quali acquisterebbero parimente forza di legge in virtù delle disposizioni del Codice che le consacrano. Alle materie di diritto privato speciale ed a quelle di diritto pubblico non estendendosi la dichiarata abrogazione generale delle consuetudini precedenti l'attuale legislazione, sono da ritenersi mantenute in vigore tutte quelle che non siano state espressamente abolite per speciali disposizioni, o non siano incompatibili colle leggi nuove, o coi nuovi principii di diritto pubblico dello Stato, o non riguardino rapporti che si trovino compresi in una materia intieramente regolata da nuova legge. Nel diritto commerciale, specialmente, riferendosi il Codice in modo espresso agli

(1) V. Decisioni delle Corti supreme di Firenze, 30 marzo 1880 (*Legge*, XX, 1, 459); di Roma, 15 aprile 1880 (*Legge*, XX, 1, 879).

usi mercantili, per tutto quello intorno a cui non dispongano le leggi commerciali, debbono, in mancanza di queste, considerarsi come aventi forza di vere leggi gli usi predetti, tanto se preesistano all'attuazione del Codice, quanto se vengano a stabilirsi appresso.

È dunque importante, per tutti i ricordati casi, il determinare quali siano i requisiti indispensabili affinchè le consuetudini acquistino efficacia giuridicamente obbligatoria. Codesti requisiti debbono corrispondere ai tre elementi fondamentali segnalati superiormente (1). Epperò bisogna, in primo luogo, che il principio giuridico invocato a titolo di consuetudine sia stato seguìto nella trattazione degli affari, od applicato nelle decisioni giudiziali, come regola legalmente obbligatoria, e che l'applicazione di quel principio non sia stata disapprovata, nè espressamente, nè tacitamente dal legislatore. Se anche una determinata regola fosse stata costantemente seguìta, ma come *facoltativa*, non a titolo di *necessità giuridica*, è troppo chiaro che ciò non potrebbe mai dar fondamento a convertirla in precetto obbligatorio, poichè non sarebbe sotto tale aspetto che quella regola si trovasse riconosciuta dalla coscienza pubblica, che si trovasse stabilita dal consenso di tutti. Se poi quella regola fosse anche stata accettata ed applicata come legalmente obbligatoria, ma ciò fosse stato esplicitamente od implicitamente disapprovato dal legislatore, è chiaro altrettanto che ne sarebbe resa impossibile l'esistenza di essa come precetto giuridico suscettibile di coercizione esteriore, mentre questa non può esser data fuorchè dal potere pubblico. La disapprovazione del legislatore dovrebbe, del resto, presumersi relativamente a quelle consuetudini che fossero contrarie all'ordine pubblico od ai buoni costumi.

In secondo luogo, poi, i fatti, che si adducano come costituenti la consuetudine, devono essere: 1° generali,

---

(1) V. sopra, n. 27, pag. 102.

2° moltiplicati uniformente, 3° reiterati per lungo spazio di tempo, 4° pubblici (1).

Si richiede che quei fatti siano stati *generali;* perchè altrimenti non rappresenterebbero il consenso comune al principio invocato come consuetudine, l'approvazione data a quel principio dalla coscienza pubblica. Ben s'intende che la generalità non può pretendersi assoluta. Basta che quel principio sia stato accettato ed applicato da quelli che n'ebbero occasione pei loro negozi, essendo presumibile allora che gli altri avrebbero in pari contingenze seguìto lo stesso principio. E neppure sarebbe da escludersi la consuetudine per ciò solo che qualcuno avesse adottati ed applicati principii diversi, non avendo a dipendere dalla volontà di un solo o di pochi il privare di effetti una regola che dal massimo numero si riconosca adottabile. D'altra parte, però, non si potrebbe sostituire alla generalità la pluralità; poichè non è dalla preponderanza del maggior numero, ma dall'accettazione della coscienza pubblica, che le consuetudini attingono la loro forza.

Da tutto ciò risulta, che nell'applicazione pratica il principio del non potersi riguardare come vera consuetudine se non quella che sia stata osservata dalla generalità degli abitanti, è tra quelli che incontrano le più gravi difficoltà; la risoluzione delle quali non può dipendere da norme stabilite generalmente, ma solo dal criterio prudente dei giudici nell'apprezzare le circostanze.

Si richiede che i fatti costituenti la consuetudine siansi *moltiplicati uniformemente.* Uno o pochi non basterebbero a rappresentare l'approvazione data dalla coscienza pubblica ad una determinata regola; nè i molti, ma sconnessi, o differenti l'uno dall'altro, o contraddicentisi.

Si richiede per la stessa ragione che quei fatti siansi *reiterati per lungo spazio di tempo;* ma la durata di esso

---

(1) V. Toullier, t. 1, n. 159; Zachariæ, t. 1, § 23; Aubry e Rau, t. 1, § 25.

non è prefissa, nè sarebbe stato opportuno lo stabilirla invariabilmente, mentre il numero o la qualità degli atti può compensarsi collo spazio del tempo nel corso del quale si verificarono, e può bastare minor tempo a far ritenere accettato generalmente un principio, quando siano state più frequenti le occasioni di applicarlo, e più importanti gli atti coi quali una tale applicazione sia stata realmente fatta.

Anche in ciò, come pel numero dei fatti dai quali possa ritenersi costituita la consuetudine, tutto deve dipendere inevitabilmente dalla prudenza dei giudici del merito nell'apprezzamento delle circostanze.

Si richiede, in fine, che quei fatti siano *pubblici*, perchè la clandestinità loro impedirebbe di poter presumere che non avendoli il legislatore in verun modo disapprovati, li avesse invece tacitamente approvati; come impedirebbe di poter dire che vi fosse l'accettazione generale del principio a cui quei fatti si legassero, se il pubblico non avesse potuto conoscerli perchè clandestini. Non è però necessario che i fatti addotti come costitutivi di *consuetudine* consistano in atti *giudiziali*.

32. Per accertare l'esistenza d'una consuetudine possono essere impiegati tutti i mezzi ordinari di prova, che sono ammissibili in generale per la dimostrazione d'ogni fatto giuridico; specialmente i documenti e le testimonianze.

Nè in ciò sono applicabili quelle limitazioni, che la legge apponga all'ammissibilità di certe prove, relativamente all'oggetto della controversia nella quale la consuetudine venga allegata — per esempio la esclusione della prova testimoniale, qualora la consuetudine sia addotta per la interpretazione o la determinazione degli effetti d'una convenzione, il cui oggetto superi il valore di 500 lire (art. 1341 Cod. civ.) — perchè qui non si tratta di provare la convenzione, sibbene un fatto giuridico estrinseco ad essa, quale è quello della esistenza d'una determinata consuetudine, ancorchè poi questa possa estendere la sua influenza

sulla interpretazione o sugli effetti della convenzione medesima.

Fu detto che la prova per notorietà è la più naturale in materia di consuetudini (1), e ciò è vero nel senso che la notorietà stessa costituisce la manifestazione più evidente dell'accettazione generale di quel determinato principio, alla cui applicazione riguardi appunto la consuetudine.

Tuttavia non è da pensare che *un atto di notorietà* rilasciato da un'autorità pubblica giudiziaria o amministrativa — per esempio da un sindaco — possa formare di per sè piena ed autentica prova della esistenza d'una data consuetudine. O la dichiarazione di notorietà è rilasciata in base di deposizioni testimoniali; e queste non possono avere valore di prova piena quando sono prestate fuori di giudizio e senza la garanzia delle forme stabilite all'uopo dalla legge. Od è lo stesso funzionario pubblico, che attesta per scienza propria l'esistenza della consuetudine; e l'ammetter questa come prova piena ed autentica equivarrebbe a sostituire quel funzionario all'autorità giudiziaria nel risolvere la questione se concorrano, o no, tutti i requisiti necessari a costituire una vera consuetudine nel senso legale; questione, che, come abbiam notato, può talvolta presentare difficoltà non lievi. Tutto quello che può ammettersi è dunque, a veder nostro, che siano proponibili in giudizio come mezzi di prova delle consuetudini quelle attestazioni di autorità pubbliche, che accertino l'esistenza di fatti nei quali le autorità medesime abbiano ingerenza per ragione del loro ufficio, e che siano pertinenti e concludenti al fine di stabilire gli estremi delle consuetudini allegate, salvo sempre all'autorità giudiziaria di esaminare e decidere se veramente siano dimostrati tutti i requisiti il cui concorso è indispensabile per attribuire a tali consuetudini l'efficacia legale, e senzachè intorno a ciò possa

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Torino, 4 giugno 1868 (*Gazz. dei Trib.*, XX, II, 286).

avere alcun valore decisivo la dichiarazione emessa o l'opinione manifestata dall'autorità che ha rilasciata l'attestazione. In questo senso soltanto reputiamo potersi accogliere e doversi applicare anche la massima, che gli usi commerciali possano essere provati col mezzo di certificati delle Camere di commercio (1).

Fu proposta la questione, se circa i mezzi di prova ammissibili per accertare l'esistenza di determinate consuetudini, al fine di servire alla risoluzione di controversie relative ad un contratto, siano da applicarsi le leggi che vigevano quando il contratto fu formato, o quelle del tempo in cui la prova si produce in giudizio; e fu deciso in quest'ultimo senso (2).

È questione che dipende dalle teorie sulla retroattività delle leggi; e sarebbe ora prematuro il trattarne a fondo. Però, senza voler qui anticipare sopra un argomento che dovremo svolgere più innanzi, e prescindendo dalle particolarità della specie in cui fu pronunciata la decisione, che non intendiamo di criticare nel suo dispositivo, ma limitandoci alla enunciazione di principii contenuta nella motivazione, confessiamo di aver qualche dubbio sulla sua esattezza. Si disse, che trattandosi di provare, non la convenzione, ma un fatto giuridico ad essa estraneo, quale era la consuetudine, dovevano applicarsi *le leggi del tempo in cui si forniva in giudizio la prova.* E ciò sarebbe stato giustissimo, qualora la disputa non avesse avuto per oggetto che *le forme del procedimento in materia di prova;* perchè in tutto quanto riguarda le semplici forme processuali, l'unica legge attendibile è sempre quella del tempo in cui la procedura avviene. Ma si trattava di *ammissibilità della prova;* e ciò non riguarda il semplice rito, bensì la sostanza; non il *diritto pratico,* ma il *teorico.*

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 1° febbraio 1877 (*Ann.* XI, 1, 138).

(2) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 26 febbraio 1880 (*Legge,* XX, 1, 660).

Colui che contratta ha un diritto acquisito ad avere regolata la sua convenzione dalle leggi del tempo in cui l'ha formata, anche relativamente ai mezzi di prova per essa ammissibili; e se si pretenda che quella convenzione debba essere interpretata, o gli effetti debbano esserne determinati a norma d'una consuetudine che vigeva al tempo del contratto, ha parimente diritto acquisito a che l'ammissibilità delle prove di quella consuetudine sia regolata dalle leggi di quel tempo; perchè sovr'esse ha contato allorchè contrattò, ed avrebbe forse convenuto diversamente se allora fossero state in vigore le leggi che sopravvennero poi. Ci sembra dunque che l'affermazione di doversi applicare all'*ammissibilità delle prove*, circa una consuetudine invocata per l'interpretazione o gli effetti d'una convenzione, le leggi del tempo in cui la prova si fa, non sia esatta, e scambi le semplici forme processuali per la produzione d'una prova in giudizio, con ciò che è intrinseco alla prova stessa.

33. Accennammo altra volta al significato che spesso si attribuisce alla parola *diritto*, per designare una ragione giuridica che a taluno appartenga contro altra persona o sopra una cosa; ed indicammo alcune delle principali distinzioni che tra i diritti, così intesi, possono farsi (1).

Qualche giureconsulto definì il diritto in questo senso, per " la facoltà spettante a qualcuno di far qualche cosa, " o di godere di qualche cosa, che gli appartiene in virtù " di qualche titolo „ (2). Ma dubiteremmo che con ciò si potesse dar luogo a confondere i diritti veri e propri, ai quali corrisponde o un'obbligazione altrui, o il dominio perfetto o imperfetto d'una cosa, e in ogni caso sempre un'azione, colle semplici *facoltà*, delle quali diremo appresso i caratteri speciali e distintivi.

---

(1) V. sopra, n. 24, pag. 96.
(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Droit.*

Oltre alle distinzioni, che già segnalammo nel luogo sopra citato, altre non poche se ne possono fare, dedotte dai particolari caratteri che si riscontrano in alcune categorie di diritti; e considerato poi singolarmente ciascuno di essi in relazione all'oggetto particolare che può avere, ne sarebbe così grande il numero da divenire una stranezza il pensare ad enumerarli. D'altra parte anche solo il volerne indicare e definire i principali sarebbe fuori di luogo pel tema nostro attuale, limitato alle sole teorie generali sulle leggi. Tuttavia ci proponiamo di trattare brevemente di quelle, fra le preaccennate distinzioni, alle quali più particolarmente avremo bisogno di riferirci nello svolgimento di queste stesse teorie generali.

Reputiamo, però, non inutile il premettere qualche principio fondamentale intorno ai diritti in genere.

Alcuni sono veramente ed assolutamente una creazione della legge positiva; la quale allora dee reputarsi aver conceduti, insieme ai diritti da essa stabiliti, anche tutti i mezzi che siano necessari per usarne; secondo il principio di ragione che chi vuole il fine deve volere anche i mezzi. Altri diritti invece sono semplicemente guarentiti dalla legge stessa.

A qualunque diritto, sia poi creato dalla legge positiva, o soltanto guarentito da essa, colui al quale appartiene può, in generale, rinunciare: " Est regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare „ (L. 29, C. *De pactis*). Ciò però s'intende di quei diritti che sono stabiliti pel solo privato interesse delle persone a cui vengono attribuiti. Chè, all'opposto, non sono suscettibili di formare oggetto di rinuncia quei diritti che siano determinati come mezzi all'adempimento di obbligazioni imposte per interesse generale — quali sarebbero per esempio quelli della patria podestà e della tutela — o comunque siano subordinati a viste d'ordine pubblico — come l'autorità maritale — o che debbano per la natura loro riguardarsi come posti fuori di commercio e non suscettibili

di formare oggetto di contratto — per esempio il diritto ad alimenti futuri, le qualità costitutive dello stato personale, ecc.

Come di rinuncia, così di trasmissione ad altri per qualunque titolo, oneroso, o gratuito, e per qualunque atto tra vivi, o d'ultima volontà, sono in generale suscettibili i diritti; eccettuati qui pure quelli aventi per oggetto cose, le quali per la natura loro siano da considerarsi come poste fuori di commercio; quelli che siano così esclusivamente inerenti alla persona, da non poter essa cederli ad altri — come i diritti d'uso e di abitazione (art. 528 Cod. civ.); — e quelli che si estinguano colla vita della persona stessa a cui appartengono, talchè non possano formare oggetto di trasmissione ereditaria — come il diritto di usufrutto.

Colui al quale appartiene un diritto conceduto o guarentito dalla legge, può esercitarlo liberamente, ancorchè ne derivi danno ad altri, senza essere tenuto a risarcimento. — " Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur — " Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus " non habet „ (LL. 55, 151, ff. *De reg. juris*).

34. La massima accennata da ultimo nel numero precedente va però intesa con una limitazione, che è indispensabile per non farne applicazioni erronee.

L'esercizio libero d'un diritto proprio, e l'esenzione d'ogni obbligo di risarcimento per qualunque danno ne sia derivato ad altri, deve arrestarsi dinanzi a diritti altrui, che possano venire offesi dall'uso che taluno faccia di quelli che gli appartengono.

Il pregiudizio che alcuno soffra per l'uso che altri faccia d'un proprio diritto legittimo, non lo autorizza ad opporsi a quest'uso, nè ad esigere indennità, qualora tale pregiudizio consista semplicemente nella privazione d'un vantaggio, d'una utilità, di cui prima godeva senz'avervi acquistato diritto per qualche titolo legittimo. Allora al diritto

dell'uno non si contrappone che un semplice interesse dell'altro, ed è giusto che quello prevalga.

Ma se invece il danno, che taluno arrechi coll'uso d'un diritto proprio, consista nell'offesa d'un diritto altrui, sono due diritti eguali che vengono a trovarsi in conflitto; e non vi essendo ragione perchè l'uno debba sottomettersi all'altro, ne segue come regola di giustizia la necessità di conciliarli, limitando l'esercizio dei diritti dell'uno in guisa da non ledere i diritti dell'altro. In tal caso non può neppur dirsi, colle leggi romane, che *faccia quanto ha diritto di fare, che usi legittimamente d'un proprio diritto*, colui che lo eserciti in modo da offendere il diritto d'un altro; il quale perciò può opporsi all'atto lesivo delle ragioni sue, può chiedere che si distrugga ciò che sia stato fatto, può esigere il risarcimento dei danni patiti.

Accennammo, più che dimostrare, queste teorie, la cui trattazione appartiene più propriamente ad altre sedi; al solo fine di precisare i limiti entro i quali intendiamo circoscritta la libertà di esercizio dei diritti conceduti o guarentiti dalle leggi.

Ritorniamo ora all'argomento che ci proponemmo, riguardante le principali distinzioni tra i diritti medesimi.

35. La prima e più ovvia distinzione è quella tra i diritti *naturali* ed i *civili;* intendendo colla prima di queste parole i diritti che derivano dai principii del diritto naturale, indipendentemente dalla legislazione positiva; e sotto la seconda gli altri che hanno fondamento nelle leggi positive umane, sia poi che da queste sole siano stabiliti, o che pure riconoscendo la loro origine dal diritto di natura, siano però stati sviluppati e modificati dalla legislazione positiva, o ne abbiano ricevuta una forma speciale. Nè può negarsi che sotto tale aspetto la distinzione predetta abbia fondamento di verità, e possa pure riuscire praticamente utile; poichè riserba la qualificazione di *diritti civili* a quelli che sono in qualche modo nel dominio della legislazione

civile, mentre i diritti naturali essendo inerenti alla stessa personalità dell'uomo, non potrebbero senza offesa di essa venir negati o menomati dalle leggi positive.

Senonchè la espressione *diritti civili* si assume pure in diversi significati; o contrapponendola all'altra di *diritti politici*, ed intendendo quindi per *diritti civili* quelli che derivano dalle disposizioni del *diritto privato*, e che riguardano rapporti d'interesse appunto privato; o contrapponendola invece all'idea di diritti comuni, secondo le leggi dello Stato, a tutte le persone ancorchè appartenenti ad altre nazionalità, e riguardando così come *diritti civili* quelli soli, che avendo fondamento nella legislazione positiva d'uno Stato, siano da essa subordinati alla nazionalità delle persone, in guisa da non poter essere attribuiti agli stranieri, se non in virtù di espresse disposizioni della legge stessa.

Quest'ultimo concetto, però, accolto dagl'interpreti del Codice francese, e di altri che lo avevano imitato, non è più ammissibile nella legislazione nostra attuale, che estende espressamente agli stranieri, come ai cittadini, *il godimento dei diritti civili* (art. 3 Cod. civ.). Ond'è che questi non potrebbero certamente intendersi presso noi come riservati esclusivamente ai cittadini italiani; e la distinzione dei diritti civili non ha più ragion d'essere che per la contrapposizione di essi ai *diritti politici*, od anche ai diritti semplicemente *naturali*. Vero è, quanto a questi ultimi, ch'essi troveranno generalmente una sanzione, o esplicita, o implicita, nel diritto positivo; e che quand'anche questo non ne rechi, nè espressamente, nè tacitamente, la consacrazione, dovendosi però, in mancanza di disposizioni della legge positiva, ricorrere supplementarmente *ai principii generali di diritto* (art. 3 *Disp. prelim.*), verranno così ad avere effetti anche civili i diritti che da tali principii derivino. Però, come abbiam dimostrato, riferendosi ai *principii generali di diritto* il nostro legislatore non ha inteso di ammettere come aventi efficacia civile, in mancanza di

leggi positive che valgano a risolvere una determinata controversia, tutti indistintamente i precetti di diritto naturale, ma quelli soli che siano universalmente accettati dalla scienza, nè siano soggetti a controversie che li pongano seriamente in dubbio (1). Epperò quei diritti, che fossero per derivare da principii giuridici controversi o controvertibili, non potrebbero ad ogni modo qualificarsi come diritti civili, e supposto pure la vera loro esistenza, non sarebbero che diritti semplicemente *naturali*. Inoltre vi sono obbligazioni — alle quali perciò corrispondono necessariamente diritti — che non hanno per disposizione di legge alcuna sanzione civile, ma che nondimeno sono riconosciute dalla legge stessa come obbligazioni naturali, tanto che, qualora siano state volontariamente soddisfatte, non è concesso di ripetere ciò che fu pagato, come indebito (art. 1237, § 2° Cod. civ.). Così chi abbia un credito, al quale sia stata opposta la prescrizione estintiva incorsa a norma di legge, o che sia stato dichiarato inesistente od estinto, per sentenza passata in giudicato, non ha certamente più un diritto civile di credito, ma ha pur sempre un diritto naturale; sicchè il pagamento, che il debitore ne facesse volontariamente, non lascierebbe luogo a ripetizione.

Diritti politici sono quelli pei quali i cittadini possono partecipare, più o meno immediatamente, all'esercizio del potere pubblico, mediante la facoltà di eleggere o la capacità di essere eletti a far parte dei corpi rappresentativi, o di esercitare altre funzioni od uffizi pubblici. Essi derivano dal diritto pubblico dello Stato. Ma ne derivano parimente altri diritti, che perciò sono pure *pubblici*, senzachè tuttavia possano confondersi coi *politici* propriamente detti; e sono quelli consacrati dallo Statuto, e consistenti nell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, nella ripartizione proporzionale dei contributi, nella garanzia della libertà

(1) V. sopra, n. 5, pag. 15, ss.

individuale, nell'inviolabilità del domicilio, e delle proprietà, nei diritti di riunione, di petizione, ecc.

36. Un'altra fra le principali distinzioni dei diritti è quella per cui alcuni di essi diconsi *personali*, altri *reali;* e ciò in relazione a coloro contro i quali possono essere esercitati.

Infatti si qualificano come *personali* quei diritti, che corrispondendo ad un vincolo d'obbligazione esistente fra due persone determinate — sia poi che l'obbligazione abbia per causa la legge, o un contratto, o un quasi-contratto, o un delitto, o un quasi-delitto — non sono per natura loro suscettibili d'essere esercitati, se non contro la persona stessa che abbia contratta l'obbligazione, o contro chi la rappresenti e sia tenuto delle obbligazioni di lei. Può darsi che formi oggetto del diritto una cosa che altri siasi obbligato a dare, od a procurarne il possesso al creditore mediante un fatto; può darsi che ne formi oggetto invece l'astenersi altri da un certo fatto. Però nel primo caso ancora, in cui vi è una cosa determinata che forma oggetto d'obbligazione, il rapporto tra questa cosa e la persona che vi ha acquistato diritto non è immediato e diretto, ma ha luogo unicamente mercè la interposizione della persona obbligata, alla quale soltanto, od a chi legittimamente la rappresenti, può chiedersi la consegnazione della cosa, l'adempimento del fatto.

Vero è che l'applicazione di questo principio subisce modificazione nel diritto nostro in ordine agli effetti dei contratti, *che abbiano per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto*, perchè quella o questo si trasmette e si acquista per effetto del solo consenso legittimamente manifestato, quantunque la tradizione della cosa non sia ancora seguìta (art. 1125 Cod. civ.); ond'è che tra la persona stipulante nel contratto, e la cosa che di questo sia oggetto, si costituisce allora un rapporto diretto ed immediato, nè il diritto acquistato dallo stipulante può

riguardarsi come semplicemente personale. Ciò per altro suppone che la cosa formante oggetto del contratto sia *determinata individualmente*. Epperò i diritti corrispondenti alle obbligazioni, ancorchè contrattuali, il cui oggetto consista in cose determinate soltanto per la loro specie, o in un fatto, o nel non fare, od alle obbligazioni derivanti da quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto, o da disposizioni della legge, si considerano come *personali* nel senso sopra indicato.

Invece si dicono *reali* quei diritti, che creando una relazione immediata e diretta tra una persona ed una cosa, che a lei appartenga per dominio perfetto o imperfetto, sono quindi suscettibili d'essere esercitati contro chiunque possegga o detenga quella cosa, non già soltanto contro una persona determinata.

Il diritto *reale* è il *jus in re:* inerente alla cosa, può seguirla presso chiunque, indipendentemente da qualsiasi obbligazione personale del possessore o detentore verso chi eserciti il diritto.

Il diritto *personale* è il *jus ad rem:* tende alla cosa che forma oggetto d'obbligazione, ma per ottener quella è necessario esercitare il diritto, mediante l'azione che vi corrisponde, contro la persona che si è obbligata a dare la cosa stessa, od a compiere il fatto che deve porne in possesso il creditore.

Diritto personale è quindi quello di *credito;* diritti reali sono quelli di proprietà, d'usufrutto, d'uso, d'abitazione, d'enfiteusi, di servitù prediale, d'ipoteca.

Non può ammettersi l'esistenza di *diritti misti;* che, cioè, riuniscano in sè contemporaneamente i caratteri di diritti personali e di diritti reali; essendo in manifesta opposizione, l'uno a fronte dell'altro, questi caratteri, consistenti per una parte nell'essere un diritto esercibile soltanto contro una persona determinata, o chi la rappresenti, e per l'altra nell'essere il diritto stesso esercibile contro chiunque.

La denominazione di diritti personali e di diritti reali si adopera talvolta anche in altri significati.

Si dicono personali quei diritti, che costituiti in considerazione soltanto d'una persona determinata, si debbono quindi estinguere col finire della vita di lei; quali sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione (art. 515, 529 Cod. civ.). In altro senso ancora si dicono pure personali quei diritti, che reputandosi esclusivamente inerenti alla persona del debitore, non possono essere esercitati in nome di lui dai suoi creditori (art. 1234 Cod. civ.); come il diritto di chiedere alimenti dovuti in virtù della legge, quello di far rivocare donazioni per causa d'ingratitudine, quello di chiedere risarcimento di danni per delitti commessi contro le persone, ecc.

Alcuni chiamano *reali* i diritti di podestà esercibili per legge, dipendentemente dall'autorità ch'essa attribuisce a certe persone sopra certe altre; quali sono l'autorità maritale, la patria podestà, il diritto di tutela; o più generalmente designano con quel nome i diritti attinenti allo stato delle persone, come le reclamazioni di filiazione legittima o naturale, il disconoscimento di paternità, e simili. Altri danno pure la stessa denominazione ai *diritti pubblici* guarentiti dallo Statuto, come la libertà individuale, l'inviolabilità della proprietà, ecc. E ciò perchè veggono in tali diritti un'analogia coi diritti reali propriamente detti, per essere quelli pure esercibili, dalle persone a cui spettino, verso chiunque, e col mezzo di azioni che hanno aspetti di somiglianza con quella di rivendicazione. Però, quanto ai *diritti pubblici*, essi sono d'una natura troppo essenzialmente diversa, per poterli confondere con quelli di ragione meramente privata, applicando la stessa distinzione, che di questi si fa, in personali e reali. E quanto ai *diritti di podestà*, essi cadono veramente nella categoria dei *diritti personali*, poichè sono esercibili, in virtù delle leggi che li stabiliscono, da certe persone verso altre persone determinate. Solamente, per la speciale loro natura,

costituiscono nella classe generale dei diritti personali una suddistinzione opportuna a farsi; talchè quella categoria può suddividersi in *diritti personali propriamente detti*, o *di credito*, e *diritti di podestà*.

37. Dalle cose esposte nel numero precedente è facile rilevare quali siano i caratteri specifici per cui si possono distinguere i diritti *personali* dai *reali*.

Un diritto personale, come l'obbligazione a cui corrisponde, può avere per oggetto una prestazione consistente nel dare, o nel fare, o nel non fare. L'oggetto, invece, d'un diritto reale non può consistere che in una cosa determinata, sulla quale quel diritto si costituisca.

La cosa che formi oggetto di obbligazione e di diritto personale, basta che sia determinata anche solo *nella sua specie* (art. 1117 Cod. civ.); ma quella che abbia a formare oggetto d'un diritto reale bisogna che sia *determinata nella sua individualità*, essendo inconcepibile l'esistenza d'un rapporto diretto tra una persona e una cosa, finchè non si sappia quale precisamente sia questa cosa. Potrà esservi un rapporto di obbligazione, per cui una persona sia tenuta a dare ad un'altra una cosa determinata solo per la sua specie; e vi corrisponderà un diritto personale. Ma sarebbe assurdo parlare d'un diritto reale, di proprietà, di usufrutto od altro, senzachè vi fosse una cosa individualmente determinata, a cui tale diritto reale fosse inerente.

Un diritto personale non può essere esercitato dal creditore fuorchè contro la persona stessa obbligata alla prestazione, o quella che la rappresenti o le sia succeduta; cioè contro il debitore o i suoi eredi. Può bensì il creditore agire sui beni del debitore; ma ciò non è in virtù d'un diritto reale che gli competa su questi beni, bensì soltanto in dipendenza della stessa obbligazione semplicemente personale, che incombe al debitore. Questi è tenuto ad adempiere tale obbligazione con tutti i mezzi che sono

in suo potere, con tutti quindi i beni che abbia al tempo dell'assunta obbligazione, o che acquisti posteriormente. Se a ciò non si presti egli spontaneamente, è giusto, è necessario che possa esservi astretto coi mezzi coercitivi ammessi dalla legge; la quale perciò dichiara in modo espresso che: " Chiunque sia obbligato personalmente, è " tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti " i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri „ (articolo 1948 Cod. civ.). Ma tanto è lungi dal potersi considerare come *reale* il diritto del creditore di agire per espropriazione forzata sui beni del debitore, che tale diritto intanto solo è esercibile in quanto i beni continuino ad appartenere al debitore, e svanisce per le alienazioni ch'egli ne faccia, salvo il caso di atti compiuti in frode delle ragioni del creditore, i quali potrebbero essere impugnati mediante l'*azione revocatoria* (art. 1235 Cod. civ.).

All'opposto, un diritto reale può essere esercitato da colui al quale compete, sulla cosa che n'è colpita, contro chiunque possegga o detenga questa cosa, indipendentemente da qualunque obbligazione personale di lui verso chi esercita tale diritto. La cosa soggetta al diritto reale può dunque per l'esercizio di esso venire perseguita presso qualunque terzo possessore; ed è questo che i Francesi chiamano *droit de suite*. Per altro, codesto carattere è *connaturale* soltanto dei diritti reali; *non è essenziale* ad essi; talchè possono esservi, e vi sono, diritti reali non esercibili contro terzi possessori delle cose che ne formano oggetto, come vi può essere qualche diritto di natura sua personale, e che tuttavia possa per eccezione essere esercitato anche contro qualche terza persona. Così i privilegi sopra determinati mobili — quantunque costituiscano indubbiamente dei diritti reali, — non sono però, in generale, esercibili contro i terzi possessori di buona fede, i quali si trovano protetti dalla regola stabilita nell'art. 707 Cod. civ.; salvo qualche eccezione che sia espressa dalla legge, come pel privilegio del locatore

(art. 1958 n. 3, all. 6° Cod. civ.). Così, all'incontro, un conduttore può opporre al compratore della cosa locata il proprio contratto di locazione, ed esigere che sia rispettato, purchè il contratto medesimo sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa (art. 1597 Cod. civ.); e nondimeno è ritenuto, per opinione comune, che il diritto del conduttore non sia reale (1).

Quando vengano in conflitto più diritti personali, appartenenti a diversi creditori contro un medesimo debitore, tutti questi creditori si trovano l'uno a fronte dell'altro in identiche condizioni, senza riguardo al tempo in cui abbiano contratti i loro crediti: perchè identico è il vincolo di obbligazione personale, che forma il fondamento dei loro rispettivi rapporti verso il debitore, e in forza del quale agiscono sui beni di lui; nè il debitore è meno tenuto all'adempimento dell'ultima obbligazione da lui contratta, che della prima. Ond'è che non può avere alcuna applicazione a questo caso il principio *qui prior in tempore, potior in jure*. Ciò s'intende, salvi i casi in cui a favore di alcuni dei creditori esistano cause legittime di prelazione, quali sono i privilegi e le ipoteche. Di tutto questo si ha infatti la dichiarazione espressa nell'art. 1949 del Codice civile; ove è detto che: " I beni del debitore " sono *la garanzia comune* dei suoi creditori, e *questi vi* " *hanno tutti un eguale diritto*, quando fra essi non vi sono " cause legittime di prelazione ".

All'opposto, qualora più persone abbiano in tempi diversi acquistato sopra una cosa il medesimo diritto reale, o diritti reali, che quantunque differenti, siano incompatibili fra loro, deve applicarsi il surricordato principio

---

(1) Vi sono autorevoli, ma poche, opinioni in senso contrario; specialmente in Francia del Troplong, presso noi del Saredo. Non essendo qui opportuno discutere tale questione, ci limitiamo a rinviare a quanto ne scrissero i signori Aubry e Rau (t. IV, § 365, n. 3, n° 7) e Laurent (t. XXV, n. 9-22, pag. 17, ss.).

qui prior in tempore, potior in jure; cioè, il diritto acquistato anteriormente prevale su quello acquistato più tardi. — Ciò è una conseguenza evidentemente necessaria della natura stessa del diritto reale; giacchè rendendosi esso inerente alla cosa su cui è costituito, e dando luogo ad un rapporto immediato e diretto tra questa cosa e la persona che acquista su di essa il diritto, è troppo ovvio che questo debba rimanere completamente indipendente dalla volontà, dal fatto e dagli atti di chi lo ha costituito, nè il concedente possa più toglierlo, nè menomarlo, nè offenderlo in qualsiasi modo, per qualunque ulteriore sua disposizione; e se ancora gli rimane facoltà di trasferire ad altri la cosa, non possa però trasmetterla se non gravata di quel diritto reale che già le è inerente.

38. I diritti, e più specialmente quelli che siano reali, si suddistinguono altresì in *mobiliari* ed *immobiliari;* secondochè i beni che ne formino oggetto siano mobili od immobili.

Diciamo che questa distinzione si applica più specialmente ai *diritti reali;* perchè essendo essi inerenti a beni individualmente determinati, assumono più evidentemente il carattere di mobiliari o immobiliari secondo la natura particolare dei beni medesimi. Del resto la stessa distinzione deve pur farsi necessariamente pei *diritti personali*. Anch'essi, essendo *beni incorporei*, devono trovar luogo nell'una o nell'altra delle due categorie in cui la legge distingue tutti i beni, classificandoli come *immobili* o come *mobili* (art. 406 Cod. civ.). Il testo stesso del Codice ci dice che “ sono *mobili per determinazione della legge* i diritti, “ le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno “ per oggetto somme di danaro od effetti mobili „ (art. 418 Cod. civ.). Codesti diritti — tra i quali non può esser dubbio, per le stesse espressioni surriferite, comprendersi anche quelli che siano semplicemente personali — hanno

dunque certamente il carattere espressamente dichiarato dalla legge di *diritti mobiliari*.

Il testo ci dice parimente considerarsi come *immobili per l'oggetto a cui si riferiscono*, anche " *le azioni che tendono a* " *ricuperare immobili* O DIRITTI AD ESSI RELATIVI " (art. 415, § ultimo Cod. civ.). È un miglioramento fatto nel Codice nostro, in confronto degli anteriori; nei quali si parlava soltanto delle *azioni che tendono a rivendicare un immobile* (art. 526, § ultimo Cod. franc., — 449 § ultimo Cod. D. S., — 381, § ultimo Cod. Parm., — 406, § 3, Cod. Alb., — 416, § ultimo Cod. Est.); e lasciavasi quindi luogo a pensare che i soli diritti reali aventi per oggetto beni immobili avessero a considerarsi appunto essi stessi come beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono, perchè l'azione di rivendicazione — la quale si confonde col diritto di proprietà, non altro essendo le azioni nel diritto moderno, che i diritti stessi esercitati in giustizia — è essenzialmente reale.

Il legislatore italiano non si è limitato a menzionare le azioni tendenti *a rivendicare* immobili; ha usata invece la locuzione più generica di azioni che tendono *a ricuperare* immobili, e di più vi ha aggiunto — *o diritti ad essi relativi.* Potrà forse trovarsi non felice la espressione *di azioni che tendono a ricuperare diritti relativi ad immobili;* ma intanto è manifesto che secondo il testo espresso del nostro Codice i *diritti relativi ad immobili* — e quindi anche le azioni corrispondenti, le quali non sono altro che i diritti medesimi dedotti ad esercizio in giustizia — debbono riguardarsi tutti come *beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono.* Ora tra i *diritti relativi ad immobili,* moltissimi sono reali, ma alcuni possono essere e sono semplicemente *personali;* perchè non suscettibili d'essere esercitati direttamente sopra un bene determinato, contro chiunque lo possegga o lo detenga, ma esercibili invece unicamente contro una determinata persona, in dipendenza d'un vincolo obbligatorio da lei contratto. E se codesti

diritti, e le corrispondenti azioni, abbiano per oggetto di far ottenere o ricuperare all'attore la proprietà d'un immobile — quali sarebbero le azioni per la risoluzione, la rescissione o l'annullamento d'un contratto traslativo di proprietà immobiliare, o per la rivocazione d'una donazione parimente immobiliare — dovranno considerarsi, secondo l'espressa disposizione generale contenuta nell'ultimo paragrafo del citato art. 415 del Codice italiano, come *beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono.*

Accade che nel linguaggio comunemente usato si confondano talvolta i *diritti reali* coi *diritti immobiliari.* Ma quanto ciò sia inesatto, e da evitarsi per non incorrere in qualche corrispondente confusione d'idee, risulta abbastanza dalle cose sovra esposte; essendo dimostrato come possano esservi *diritti reali mobiliari,* e *diritti personali immobiliari.*

39. Un diritto si dice *acquisito* quando sia entrato definitivamente nel dominio d'una persona, o come attinente allo stato di lei, o come facente parte integrante del suo patrimonio, talchè nè possa più esserle tolto da quello stesso da cui l'abbia ottenuto, nè altri possa spogliarla di tale diritto, nè in qualunque modo offenderlo senza esser tenuto della riparazione e del risarcimento del danno.

Tale ci sembra il concetto del diritto acquisito in generale; senza intendere d'aver data una definizione, la quale comprenda in sè la determinazione dei requisiti necessari affinchè un diritto possa dirsi acquisito nel senso d'essere immune dagli effetti delle disposizioni legislative che vengano posteriormente emanate, secondo il principio che vieta la retroattività delle leggi. Del che ci riserbiamo di occuparci in sede più opportuna.

Frattanto quello che importa avvertire, come carattere generale dei diritti acquisiti, è appunto ch'essi non possono cessare di appartenere alle persone di cui divennero propri, se non per una causa inerente al titolo d'acquisto

di quei diritti, ovvero per fatto e volontà della persona stessa a cui spettano.

Una causa, per esempio, di risoluzione o di rivocazione, che per convenzione o per legge sia insita nel titolo stesso d'acquisto d'un diritto, farà cessar questo in danno della persona che l'aveva ottenuto; ovvero questa persona potrà rinunciarvi, com'è libera di fare in ciò che riguardi il semplice suo privato interesse; ovvero anche potrà decaderne in conseguenza d'un fatto suo proprio, a cui la legge annetta questo effetto. Ma il fatto e la volontà, sia del concedente stesso, sia d'un terzo, non può mai nuocere in alcun modo ad un diritto legittimamente acquisito.

Da ciò si scorge in qual senso sia ritenuto generalmente dalla dottrina che un diritto non possa reputarsi acquisito, se non si fondi in un atto che sia di sua natura *irrevocabile*. Non s'intende con ciò di negare la qualità di *acquisito* ad ogni diritto, che in virtù del titolo pel quale fu conceduto sia soggetto a qualche causa speciale di rivocazione. Sarebbe questo un errore troppo manifesto; giacchè anzi il parlare di *revocazione d'un diritto* presuppone ch'esso fosse precedentemente acquistato (1). Ma la *revocabilità*, di cui qui si parla, è quella che dipende unicamente dalla semplice volontà della persona da cui la concessione del diritto procede; ed è altrettanto evidente, che supposto ciò non può esservi diritto acquisito, mancando quel vincolo giuridico obbligatorio, che è indispensabile vi corrisponda. Per esempio, una donazione è revocabile a volontà del donante finchè non sia stata accettata dal donatario, il quale pertanto fino a tale momento non può avere un diritto acquisito sulla cosa donata (art. 1057 Cod. civ.).

Come un diritto può essere acquisito non ostante che sia soggetto a qualche causa speciale di risoluzione o di revocazione inerente al titolo stesso che lo costituiva; così può esser pure acquisito, sebbene dipendente da una

(1) V. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, pag. 184, 185.

condizione sospensiva non ancora verificata (art. 1158 Cod. civ.). Certamente, la pendenza d'una tale condizione tiene in sospeso l'effetto del vincolo giuridico nascente dal contratto o dall'atto che la contiene (art. 1157 Cod. civ.); tanto che quando divenga certo ch'essa non possa più adempirsi, ne rimane affatto sciolto quel vincolo " *Ex* " *conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri* „ (Lib. III, tit. XVI, § 4, *Inst. de verb. obl.*). Ma d'altra parte, qualora la condizione si avveri, essa ha *effetto retroattivo* al giorno in cui fu contratta l'obbligazione (art. 1170 Cod. civ.); e la incertezza medesima, che pesa sulla esistenza del vincolo giuridico finchè la condizione è pendente, non impedisce che frattanto quel vincolo abbia però efficacia giuridica, nel senso che il solo inadempimento della condizione può scioglierlo; ond'è che se il creditore muore pendente la condizione stessa, trasmette il diritto ai propri eredi (d° art. 1170 Cod. civ.). " Eamque ipsam spem in he-
" redem transmittimus, si prius, quam conditio extet, mors
" nobis contigerit „ (d° § 4, *Inst. de verb. obl.*).

40. Ai *diritti acquisiti* si contrappongono gli *eventuali*, ossia le semplici *aspettative*, le *semplici speranze;* nelle quali riscontransi bensì gli elementi giuridici atti a produrre in futuro l'acquisto di un diritto, dipendentemente da un atto della volontà tuttora ambulatoria dell'uomo, o da una disposizione sempre mutabile della legge; ma appunto perchè quel diritto si suppone *non ancora aperto*, è impossible concepirlo come già acquisito, nè può esservi altro che la semplice *speranza di acquistarlo*, se al tempo in cui esso si aprirà, l'atto di disposizione dell'uomo non sarà revocato, la legge non sarà abrogata o cangiata. In questo senso fu detto giustamente che " le *aspettative* non sono
" altro che *germi di diritti*, i quali abbisognano del con-
" tatto d'ulteriori avvenimenti per potersi sviluppare „ (1).

(1) V. Duvergier sur Toullier, t. I, n. 81.

Così è una semplice aspettativa quella di chi è chiamato per legge o per testamento alla successione di persona ancora vivente; poichè il diritto a questa successione non verrà determinato fuorchè all'istante in cui essa si aprirà, cioè a quello della morte della persona della cui eredità si tratta (art. 923 Cod. civ.), se allora sopravviverà colui che avrebbe a raccogliere l'eredità stessa, e se vi sarà chiamato nell'ordine della successione legittima secondo la legge che allora avrà vigore, se il testamento non sarà stato revocato, o non saranno sopravvenute nuove leggi che abbiano impedita l'efficacia di quelle disposizioni rendendo così senza effetto la speranza, che gli eredi istituiti o i legatari avevano di approfittarne.

È chiaro da ciò come i diritti eventuali, intesi nel senso di semplici aspettative o speranze, differiscano essenzialmente, non solo dai diritti acquisiti in modo puro e semplice, ma dagli stessi *diritti condizionali;* perchè questi ultimi, sebbene ne siano sospesi gli effetti da un avvenimento futuro ed incerto, à cui sono subordinati, dipendono però unicamente da tale avvenimento, sicchè le persone, verso le quali ci spettino diritti di questa natura, sono vincolate giuridicamente a noi pel caso che la condizione si avveri; e perchè quindi tali diritti, sebbene condizionali, costituiscono però altrettante attività attuali e reali del nostro patrimonio.

Veramente in un senso più esteso, in cui viene intesa talvolta la espressione *diritti eventuali,* vi si comprendono anche i *condizionali;* in quanto che la loro esistenza dipende da quell'*evento* futuro ed incerto che costituisce la condizione, e in quanto che — com'è detto nel passo sopra citato delle *Istituzioni* — una stipulazione condizionale produce la *semplice speranza* che l'obbligazione si avveri. Tuttavia non è meno da osservarsi la distinzione sopraddetta, che è fondata, come notammo, sopra una differenza sostanziale e importantissima per le applicazioni pratiche, tra i *diritti eventuali propriamente detti* — cioè

semplici *aspettative* o *speranze* — e i diritti veri e acquisiti, quantunque subordinati a condizioni.

Così, per esempio, i lucri, che in un contratto di matrimonio siano stati stipulati sull'importare della dote a favore del coniuge sopravvivente (art. 1398 Cod. civ.), sono *diritti eventuali*, nel senso che dipendono per ciascuno dei coniugi dalla condizione della sopravvivenza di lui all'altro coniuge; ma non possono dirsi limitati a semplici aspettative o speranze, poichè sotto quella condizione sono acquisiti a favore dell'uno o dell'altro dei coniugi in virtù del contratto stesso di matrimonio.

La locuzione *diritti eventuali* ha ancora un altro significato; per indicare quei diritti la cui esistenza non dipende da un avvenimento futuro ed incerto, ma da un avvenimento anteriore, del quale s'ignora soltanto se siasi verificato, o no. Ed è in questo senso che nella sezione 3ª, capo 3°, del titolo *Degli assenti*, il Codice civile parla delle *ragioni eventuali che possono competere all'assente;* accennando con ciò a quei diritti che siansi aperti durante l'assenza, e la cui attribuzione all'assente stesso, od ai suoi successori, dipende dall'accertare s'egli esistesse ancora al tempo dell'aprimento di tali diritti.

Vi è un caso in cui un diritto condizionale, e dipendente da un titolo già divenuto irrevocabile, non può tuttavia riguardarsi che come costituente una semplice *aspettativa*, una semplice *speranza*, un *diritto eventuale* nel vero e stretto senso della parola. È quando in un testamento, il cui autore sia già morto, si contenga una disposizione fatta sotto condizione sospensiva. Finchè questa condizione non siasi verificata, l'erede o il legatario non può vantare un diritto acquisito in dipendenza della disposizione fatta in favore di lui; ma non ha che una semplice aspettativa, la quale svanisce se prima ch'essa si converta in diritto acquisito, il beneficato stesso muoia, o divenga incapace a ricevere la liberalità. La legge infatti dichiara caduca qualsiasi disposizione testamentaria fatta

sotto una condizione sospensiva, *se la persona a cui favore è fatta muoia prima che siasi verificata la condizione* (art. 853 Cod. civ.). Ora, se la disposizione condizionale costituisse fin dal giorno dell'aperta successione un diritto acquisito in favore dell'erede o del legatario, egli, morendo prima dell'avveramento della condizione, dovrebbe trasmettere quel diritto ai propri eredi. È così infatti che dispone espressamente il successivo articolo 854 pel caso in cui l'evento contemplato nella disposizione testamentaria non debba, secondo la mente del testatore, sospendere lo stesso effetto giuridico di essa, ma solo *ritardarne l'esecuzione;* essendo detto che allora la pendenza di quell'evento " non impedisce che l'erede o il legatario abbiano *un diritto acquistato e trasmissibile ai propri eredi* " *anche prima della verificata condizione* „. Il confronto stesso tra i due articoli dimostra dunque chiaramente, che nel caso considerato dal primo — quando, cioè, una disposizione testamentaria *è fatta sotto una condizione sospensiva* veramente tale — l'erede o il legatario non ha un *diritto acquisito,* se non al verificarsi della condizione, e in pendenza di essa ha quindi un diritto soltanto eventuale, una semplice aspettativa. Ma perchè ciò, mentre un diritto condizionale dipendente, non da disposizione testamentaria, ma da contratto, è invece un diritto già acquisito fin dal momento in cui il contratto medesimo divenne perfetto, sicchè " qualora il creditore muoia prima " che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano " al suo erede? „ (art. 1170 Cod. civ.)? È facile il comprenderlo: " perchè si presume che ciascuno abbia con- " trattato per sè e per i suoi eredi ed aventi causa, quando " non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non " risulti dalla natura del contratto „ (art. 1127 Cod. civ.), mentre invece il testatore è determinato alle sue liberalità da motivi affatto personali di affetto o di gratitudine verso il beneficato, e ciò non riguarda punto i successori di costui.

41. Ai *diritti acquisiti* si contrappongono anche i *diritti facoltativi* o *diritti di pura facoltà;* poichè nel linguaggio comunemente adoperato, suol prendersi l'una di queste locuzioni come perfettamente equivalente all'altra.

Nondimeno ci sembra più esatto ed opportuno tener distinte le *mere facoltà*, nel senso preciso e stretto di questa parola, dai *diritti facoltativi;* e crediamo che molta parte delle difficoltà, che hanno fatto di questa materia dei *diritti facoltativi* una delle più oscure ed intricate, dipenda appunto dal trascurare la distinzione che abbiamo accennata.

Per *facoltà*, nel senso vero e proprio, s'intendono *i poteri conferiti all'uomo nell'ordine sociale dalla legge naturale o dalla legge civile, affinchè possa, coll'esercizio della propria libertà, conseguire i fini che gli sono assegnati, come uomo, come cittadino, come proprietario.* Esse differiscono dai *diritti* propriamente detti, in ciò che, a differenza di questi, non tendono ad esigere da altri, sotto la guarentigia della legge, ciò che sia nostro, o ciò che sia a noi dovuto; ma esercitandosi esclusivamente sopra noi stessi, o sopra le cose che sono in nostro potere, non hanno bisogno dell'aiuto di mezzi coercitivi contro altri, e stanno senz' uopo di azione civile di sorta alcuna. Così sono facoltà quelle di contrarre matrimonio, di cangiare domicilio, di usare, godere e disporre dei propri beni, di far testamento, di obbligarsi per contratto, ecc. Certo, che in largo senso possono esse pure qualificarsi come *diritti;* in quanto vi corrisponde la ragione giuridica di esigere dagli altri che rispettino il libero esercizio di tali facoltà, che si astengano da qualunque atto diretto ad impedirlo. Ma, appunto perchè quella che corrisponde alle facoltà è semplicemente una *obbligazione generale e negativa*, comune ed uguale per tutti, di non far cosa contraria al libero esercizio di esse, non possono confondersi coi diritti propriamente detti; ai quali corrisponde sempre una ragione giuridica esercibile contro una persona determinata, o sopra una cosa parimente

determinata, e quindi un'azione esperibile individualmente contro colui a carico del quale esista l'obbligazione personale, o che si trovi in possesso della cosa sulla quale appartenga a noi un diritto reale. È, senza dubbio, un diritto quello di proprietà; anzi è il massimo dei diritti reali possibili sopra una cosa, giacchè ne assorbe tutte le utilità, tanto da identificarsi in certo modo colla cosa stessa. È un diritto quello di rivendicare la cosa che ci appartiene, da chiunque la posseda o detenga; e vi corrisponde infatti un'azione contro quel determinato possessore o detentore. Ma i poteri dipendenti dalla proprietà, per usare, godere e disporre a piacer nostro della cosa a noi propria e da noi posseduta, sono semplici *facoltà*, che siamo liberi di esercitare o non esercitare, senzachè neppure in questo ultimo caso veniamo a scemare in alcun modo il nostro diritto di proprietà, nè a pregiudicarlo per l'avvenire verso altri; perchè del nostro diritto usiamo difatti, secondo la piena libertà nostra, sia col godere della cosa che ci appartiene, sia col non goderne; sì col disporne, che col non disporne.

Vi sono però diritti veramente tali, a cui nondimeno può applicarsi meritamente la qualificazione di *facoltativi;* perchè partecipano nel medesimo tempo, e sotto aspetti diversi, ai caratteri di diritti veri e propri, ed a quelli di mere facoltà. E in questo rapporto intendiamo per *diritti facoltativi quelli che essendo esercibili da una persona contro un' altra, sia poi per ragione d' una obbligazione personale che vincoli questa a quella, o per ragion del possesso che l'una abbia della cosa su cui all'altra appartenga un diritto reale, ma per la speciale natura loro consistendo nella scelta fra diversi o contrari modi di agire, debbono reputarsi ugualmente attuati da coloro a cui spettano, sia che li esercitino contro altri, sia che non li esercitino.* Qualche esempio ci servirà a chiarire il nostro pensiero, che forse non sapemmo tradurre con sufficiente esattezza in una formola di definizione. Sono, indubitabilmente, diritti veri e propri quelli,

pei quali " ogni proprietario può obbligare il suo vicino " a stabilire a spese comuni i termini tra le loro pro- " prietà contigue „ (art. 441 Cod. civ.) — o il proprietario d'un fondo può obbligare quello del fondo inferiore a ricevervi le acque che scolano naturalmente dal superiore (art. 536 Cod. civ) — o il partecipante ad una comunione di beni può sempre domandarne lo scioglimento e la divisione (art. 681 Cod. civ.). Ma l'essenza di questi diritti sta appunto nel poter scegliere con piena libertà, secondochè si giudichi conveniente al proprio interesse, tra lo stabilire i termini, e il mantenere il fondo senza segni visibili e permanenti di confine, — tra il far scolare le acque dal proprio fondo nell'inferiore, o l'impiegarle in qualche uso di utilità del fondo stesso superiore, — tra il rimanere in istato di comunione, o il provocare la divisione. Colui che non chiede l'apposizione dei confini, che non fa scolare le acque dal proprio fondo nell'inferiore, che rimane in istato di comunione, non può quindi considerarsi in condizioni pari a chi trascuri di esercitare un altro diritto qualunque — per esempio un diritto di servitù, che si estingue qualora non se ne usi per lo spazio di 30 anni (art. 666 Cod. civ.); — perchè egli usa effettivamente del proprio diritto, tanto lasciando la sua proprietà senza segni di confine, quanto facendoli apporre; tanto utilizzando le acque pel proprio fondo superiore, quanto facendole scolare nel fondo inferiore; tanto rimanendo in comunione, quanto provocando la divisione. Ed è in ciò appunto che codesti diritti partecipano dei caratteri delle mere facoltà. Delle quali parimente può dirsi che taluno usa, tanto contraendo il matrimonio a cui è capace, quanto rimanendo celibe; tanto conservando il proprio domicilio d'origine, quanto prendendone un nuovo; tanto facendo testamento, quanto lasciando luogo alla successione legittima; tanto coltivando le proprie terre, quanto lasciandole incolte. Ed è quindi anche per ciò che codesti diritti possono, senza improprietà di linguaggio, chiamarsi *facoltativi*,

perchè hanno in qualche parte caratteri comuni colle mere facoltà; il che per altro non autorizza, secondo il nostro modo di vedere, a confonderli assolutamente con quelle, mentre se ne differenziano essenzialmente in ciò che già notammo, del riscontrarsi cioè in essi anche i caratteri di diritti veri e propri. La necessità della qual distinzione si renderà tanto più palese, se dimostreremo — come crediamo di poter fare — che anche in rapporto ai loro effetti vi siano altre differenze sostanziali tra le *mere facoltà* e i veri *diritti*, quantunque *facoltativi*.

Le semplici facoltà non possono riguardarsi come costituenti per se stesse dei *diritti acquisiti*. Come sarebbe possibile ciò, se — come abbiamo osservato — non sono nemmeno *diritti*, nel senso vero e proprio di questa parola? Sono soltanto poteri conferiti dalla legge per fare determinati atti. Finchè questi non siano avverati, non può esservi nulla di concreto, che costituisca un diritto acquisito; e volendo pure, in un senso larghissimo già sopra notato, dare alle semplici facoltà il nome di *diritti*, saranno in ogni caso *diritti in potenza*, ma l'*atto* dipenderà necessariamente dall'esercizio delle facoltà stesse. È questa un'osservazione che fu fatta da uno tra i più insigni giureconsulti di Francia. Dopo aver definiti i *diritti acquisiti*, dicendo essere “ quelli che sono entrati nel nostro dominio, “ ne fanno parte, e non possono più esserci tolti da chi “ li abbiamo ottenuti „ soggiunge:

“ Ma tale non è mai un *diritto puramente facoltativo* “ (e intende sotto questa espressione le *semplici facoltà*) “ salvo che esso sia stato esercitato, e per l'esercizio fatto “ tone la cosa che ne forma oggetto sia divenuta nostra “ proprietà.

“ Infatti avviene *delle facoltà* concesse dalla legge, come “ di quelle accordate dagl'individui. Fino a quando queste “ non abbiano assunto il carattere di diritti contrattuali, “ sono sempre ed essenzialmente revocabili. Ora il legis- “ latore non contratta mai allorchè concede delle facoltà;

“ egli permette, ma non obbliga; egli conserva pertanto
“ sempre il potere di revocare il permesso dato, e quelli
“ a cui lo toglie prima che ne abbiano fatto uso, non
“ hanno alcuna ragione di lagnarsene „ (1).

Pei *diritti facoltativi*, intesi nel senso che a noi pare più esatto, e che abbiamo indicato, non vi è invece difficoltà ad ammettere ch'essi possano essere *acquisiti* anche prima d'essere dedotti ad esercizio. Almeno non vi è luogo a dubitarne quanto ai diritti facoltativi dipendenti da contratto. Dal momento in cui questo divenne perfetto, tutti i rapporti giuridici per esso stabiliti tra le parti sono entrati a far parte del patrimonio di ciascuna di loro, per modo da non essere più lecito all'altra, per sua sola volontà, di revocarli o modificarli, qualunque sia la natura di quei rapporti. In questo senso sono dunque diritti acquisiti anche i *facoltativi contrattuali*.

Così, può considerarsi come un diritto facoltativo quello di riscatto convenzionale nella vendita (art. 1515 Cod. civ.). Ma dal momento in cui questa è perfetta, il diritto a ricuperare la cosa venduta è acquisito al venditore; il quale può trasmettere tale diritto ai propri eredi od aventi causa, nè può esserne privato — rimanendo il compratore proprietario incommutabile — se non per la scadenza del termine pattuito, non maggiore di cinque anni, senzachè il venditore, o chi lo rappresenti, abbia promossa l'azione di riscatto (art. 1518 Cod. civ.).

Similmente dovrebbe dirsi di quei diritti facoltativi che fossero stabiliti dalla legge, ma in relazione ad un contratto; perchè allora sarebbero da considerarsi come convenuti quei diritti dalle parti stesse, le quali si reputano avere tacitamente assunto come parte integrante della loro convenzione tutto ciò che in proposito di essa sia determinato dalla legge, qualora non vi abbiano derogato. Così nel caso di rescissione d'una vendita per causa di lesione,

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Effet retroactif*, sez. 3, § 1, n. III.

la legge accorda al compratore la facoltà di scegliere tra il restituire la cosa, o il ritenerla pagando il supplemento del giusto prezzo (art. 1534 Cod. civ.). Ora, questa facoltà dovrebbe considerarsi come diritto acquisito a favore del compratore, secondo la legge esistente al tempo del contratto, pel caso che venisse ammessa l'azione di rescissione. Così pure, la legge accorda agli usufruttuari certi diritti facoltativi; come quelli di adoperare per le riparazioni, che sono a loro carico, gli alberi svelti o spezzati per accidente, e di prendere pali nei boschi per le vigne (articoli 488, 489 Cod. civ.). Ora, in un usufrutto stabilito per convenzione, tali diritti starebbero a favore dell'usufruttuario in conformità della legge vigente al tempo del contratto, ancorchè avessero ad esercitarsi dopo l'attivazione d'altra legge che venisse a togliere i diritti medesimi; dovendo essi reputarsi acquisiti in virtù del contratto medesimo fin dal giorno in cui esso divenne perfetto.

Ma pei diritti facoltativi derivanti dalla sola disposizione della legge, sarebbe diversamente. Varrebbe rispetto ad essi l'argomentazione, che abbiamo riferita sopra, del Merlin. Quantunque supponiamo, non delle semplici facoltà, ma dei veri diritti, esercibili contro determinate persone, o sopra determinate cose, mediante un'azione civile; se però quei diritti sono *facoltativi*, finchè non vengano esercitati, rimangono allo stato di meri poteri, che come sono conferiti soltanto da una disposizione di legge, così da un'altra possono essere tolti. Al pari delle semplici facoltà, questi diritti facoltativi non sono pertanto da reputarsi acquisiti, se non in virtù dell'esercizio che ne sia fatto.

Per esempio, sono diritti facoltativi quelli, che la legge concede al comproprietario d'un muro comune, di fabbricare appoggiandovi le sue costruzioni, e di attraversarlo con chiavi e capi-chiavi, o di fare sul muro medesimo a proprie spese un alzamento (art. 551, 552, 553 Cod. civ.); od al proprietario d'un fondo contiguo ad un muro, di render questo comune in tutto od in parte (art. 556 Cod.

civ.); od al proprietario di un fondo circondato da fondi altrui e non avente uscita sulla via pubblica, od a chi abbia diritti di acque, delle quali abbia a servirsi per le necessità della vita o per usi agrari od industriali, di costringere il vicino a concedergli il passaggio o l'acquedotto (art. 593, 598, 600 Cod. civ.). Ma finchè la fabbrica non sia eseguita, la comunione del muro non sia chiesta, il passaggio o l'acquedotto non sia domandato, questi — quantunque siano veri diritti, ma facoltativi — rimangono nella condizione di semplici poteri, i quali, fino a quando non siano esercitati, non pongono in essere nulla di concreto, che possa dar fondamento a diritti acquisiti; e potrebbero perciò essere rivocati da nuove disposizioni legislative che sopravvenissero.

Un'altra differenza importante, tra le semplici facoltà e i diritti facoltativi, ci sembra doversi riconoscere in ciò: che le prime non possono essere suscettibili di alienazione nè di rinuncia. Attributi, consacrati dalla legge, della libertà individuale, sono al pari di essa inalienabili. Potrebbe mai concepirsi che taluno rinunciasse validamente ai propri diritti di contrarre matrimonio, di legittimare figli, di testare, di contrattare? La natura stessa, più che l'ordine pubblico, vi ripugnerebbe.

All'opposto non è da escludersi assolutamente che alcuni diritti facoltativi possano formare oggetto di rinunzia valida. Non lo potrebbero certamente quelli, lo spogliarsi dei quali fosse contrario all'ordine pubblico, poichè è solo di ciò che riguardi il semplice suo interesse privato che ognuno può disporre, anche rinunziandovi. Così non sarebbe lecito convenire di non poter obbligare il vicino a stabilire i termini tra due proprietà contigue (art. 441 Cod. civ.), di non poter domandare mai, o per un tempo determinato, ma maggiore di dieci anni, lo scioglimento della comunione (art. 681 Cod. civ.), di non poter richiedere il passaggio o l'acquedotto obbligatorio per legge (art. 593, 598, 600 Cod. civ.); perchè tutto ciò derogherebbe

a disposizioni d'interesse anche generale, d'ordine pubblico. Ma nulla osterebbe a poter rinunziare contrattualmente ai diritti di far scolare acque su fondi inferiori (art. 536 Cod. civ.), di costrurre fabbriche appoggiandole ad un muro comune o facendo un alzamento di esso (art. 551, 553 Cod. civ.), di rendere comune un muro di un fondo contiguo (art. 556 Cod. civ.), e simili; perchè con ciò non si disporrebbe che dell'interesse puramente privato del rinunciante, senza offendere l'ordine pubblico.

Un'ultima differenza accenneremo ancora, tra le semplici facoltà e i diritti facoltativi, relativamente alla loro prescrittibilità. Le *facoltà* non sono estinguibili per prescrizione; e ciò per la ragione stessa per cui non possono formare oggetto di alienazione o di rinunzia. Avendo esse il loro fondamento nella natura stessa dell'uomo, essendo attinenti alla libertà individuale di lui, è altrettanto impossibile ammettere ch'egli ne rimanga privato pel lungo tempo durante cui non le abbia esercitate, quanto che se ne spogli mediante alienazione o rinunzia.

I *diritti facoltativi* sono pure, generalmente, imprescrivibili; ma per un motivo diverso. Essendo della essenza loro l'attribuire la facoltà di scelta tra il fare o non fare una cosa, o tra l'esigerla o non esigerla da altri, talchè — come osservammo — può dirsi che le persone, alle quali competano simili diritti, ne usino tanto coll'esercitarli quanto col non esercitarli, si rende naturalmente impossibile considerare la mancanza di quell'esercizio come una inazione, che continuata per lungo tempo produca l'effetto di privare d'un tale diritto la persona a cui spetta, quasichè essa vi abbia rinunciato. È la stessa ragione per cui, “ gli atti meramente facoltativi e quelli di semplice “ tolleranza non possono servire di fondamento all'acquisto “ del possesso legittimo „ (art. 688 Cod. civ.), e quindi nemmeno alla prescrizione acquisitiva.

Per altro, questa stessa diversità di fondamento della imprescrittibilità produce anche effetti corrispondentemente

assai differenti. Chè, mentre avverso le facoltà vere e semplici non è concepibile che si verifichi mai una prescrizione che le estingua; un diritto facoltativo, invece, se non è di sua natura prescrivibile pel solo effetto del non uso, può però rimanere estinto in forza dell'acquisto, che altri faccia per prescrizione, d'un diritto contrario; od anche in forza del non esercizio durante il tempo della prescrizione, se ciò sia avvenuto in conseguenza d'una contraddizione formale da altri opposta.

Così, per esempio, se lo scolo naturale delle acque dal fondo superiore nell'inferiore sarà stato impedito dal proprietario di quest'ultimo col mezzo di opere visibili e permanenti da lui costrutte, o se alle opposizioni formali del proprietario medesimo quello del fondo superiore si sarà acquietato, e ciò avrà durato per trent'anni, la servitù stabilita dall'art. 536 del Codice civile rimarrà estinta.

42. Furono definiti i diritti facoltativi per " quelli di " cui è libero al proprietario l'usare o il non usare „ (1).

Partendo da tale idea, però, non vi sarebbero più diritti che non fossero facoltativi, perchè tutti, quanto al loro esercizio, dipendono dalla volontà della persona alla quale appartengono.

D'Argentré dava il concetto delle *facoltà*, dicendo che esse non suppongono l'esistenza di diritti appartenenti in virtù di un titolo particolare ad una determinata persona contro un'altra, o sopra un bene determinato, ma diritti comuni a tutti, attinenti alla natura stessa degli uomini, e non dipendenti da convenzioni.

Il Troplong trovava in questa dottrina " troppo di vago, " per potersi limitare a farsene eco „, ed insegnava: non essere altro le facoltà che *poteri conferiti all'uomo, nell'ordine civile, dalla natura o dalla legge, quali mezzi per conseguire i propri fini come uomo, come cittadino, come proprietario;*

(1) V. Ledru-Rollin, *Rép.*, v° *Droit*, n. 38.

poteri, che non presuppongono l'assoggettamento anteriore d'un terzo ad una obbligazione verso di noi, che si esercitano esclusivamente sopra noi stessi, o sulle cose che sono a nostra disposizione, che non si estrinsecano col mezzo di azioni contro altri (1). Sono queste le idee stesse, che abbiamo riprodotte in principio del numero precedente, nello stabilire i caratteri delle *semplici facoltà*, intese queste nel senso vero e stretto della parola. Il celebre autore però non dà alla sua teoria un intento così limitato; ma comprende nella surriferita definizione, oltre alle vere e pure *facoltà*, anche i *diritti* propriamente detti, qualora siano *facoltativi*, pretendendo dimostrare che neppure essi abbiano da considerarsi altrimenti che quali *semplici facoltà*. Egli infatti comincia bensì dal proporre come esempi di *facoltà*, quelle di potere cangiare domicilio, attingere acqua ad una fonte, contrarre matrimonio, disporre dei propri beni per donazione, testamento, od altro titolo, obbligarsi per contratto, ecc. Ma poi, procedendo alle applicazioni, considera pure come *semplici facoltà* anche i diritti del proprietario di obbligare il vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue, e del partecipante ad una comunione di beni di costringere il condomino a procedere alla divisione; ed impiega uno sforzo del suo poderoso ingegno per provare che sebbene codesti diritti si attuino mediante un'*azione*, non sono però che *mere facoltà* (2).

Il Laurent dichiara *falsa* la teoria del Troplong; e reputa doversi attenere a quella proposta dal D'Argentré e riprodotta dal Dunod. Secondo lui, le facoltà non sono altro che " l'esercizio della libertà nella sua applicazione " alle relazioni civili ". Esse sono un dominio comune, a cui tutti partecipano, od *almeno tutti quelli che si trovino nel caso di reclamarne l'uso:* sono conferite all'uomo dalla

(1) V. Troplong, *De la prescription*, n. 112, ss.
(2) V. Troplong, op. cit., n. 119, 120.

natura stessa, non nascono mai dalle convenzioni; anzi veramente neppur dalle leggi positive, le quali se anche le consacrino, non tolgono però che abbiano sempre la loro prima sorgente nella natura umana (1). L'errore della teoria combattuta starebbe, secondo l'illustre autore, nell'aver supposto che un diritto possa stare solitario, *agendo esclusivamente sopra noi stessi o sopra le cose che sono a nostra disposizione, e non contro un terzo obbligato precedentemente.* " Il diritto — osserva il Laurent — è una ma- " nifestazione della vita; la quale non può concentrarsi " nella sola nostra persona, nè nello stretto dominio delle " cose che ci appartengono, ma si espande necessaria- " mente al difuori: non vi è atto della nostra esistenza, " che sia esclusivamente personale a noi; la società è " una condizione di vita, e per conseguenza, un elemento " essenziale della nostra natura „. Il Troplong, però, non aveva detto che vi fossero *diritti*, i quali potessro effettuarsi nelle relazioni sociali senza il sussidio di un'azione esercibile contro altre persone verso noi obbligate, o sovra beni soggetti a tali diritti in favor nostro. Bensì aveva distinte le *semplici facoltà* dai *diritti;* osservando che le prime *agiscono esclusivamente sopra noi stessi o sulle cose che sono a nostra disposizione, e non contro un terzo precedentemente obbligato verso di noi* — dandone come esempi le facoltà di testare, di contrattare, di trasformare i propri beni, di scavare nei propri terreni, di chiudere il proprio fondo, e simili — mentre i *diritti* dovendosi realizzare contro altri, che siano anteriormente obbligati verso di noi, o sovra beni, che non si trovino ad esclusiva disposizione nostra, ma siano in potere altrui, abbisognano di un'azione per costringere l'obbligato o il possessore all'adempimento di tali nostri diritti. E quanto a tutto ciò, non sappiamo scorger nulla, in questa teoria, che meriti censura. Solo la vediamo cadere in difetto, allorchè

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* t. XXXII, n. 228.

poi vuol ridurre sotto la definizione delle semplici *facoltà* anche alcuni veri *diritti*, solo perchè *facoltativi*. E qui il Laurent ha evidente ragione di dire, che quando il Troplong, riconoscendo come *semplici facoltà* quelle di obbligare il vicino a stabilire i termini tra le proprietà contigue, di costringere il compartecipante d'una comunione di beni a farne la divisione, vuol poi conciliare colla sua dottrina le relative disposizioni di legge, fa un tentativo reso vano dai testi " poichè queste facoltà non si eser- " citano che col mezzo di azioni contro terze persone ". È ingegnoso certamente il ripiego studiato dal Troplong, che dice non esercitarsi in questi casi l'azione *come risultante da una obbligazione, da una servitù, da un carico*, di cui si chieda al vicino od al comunista l'esecuzione; sibbene *come un mezzo per rendere l'operazione contraddittoria, per intimare all'altro interessato di venire a vegliare ai propri diritti*. Nondimeno è troppo chiaro che di vere obbligazioni si viene a chiedere in questi casi l'adempimento; delle obbligazioni, cioè, derivanti dalla legge, *di stabilire a spese comuni i termini* tra le proprietà contigue, quando il vicino lo richieda (art. 441 Cod. civ.); *di prestarsi alla divisione*, quando il compartecipante ad una comunione di beni ne domandi lo scioglimento (art. 681 Cod. civ.). Ed è parimente troppo chiaro non potersi dire in tali casi, secondo la teoria del Troplong, che *si agisca esclusivamente sopra noi stessi o sopra le cose che sono a nostra disposizione, senza esercitare azioni contro terzi come soggetti verso di noi a qualche anteriore obbligazione.*

Ma, d'altra parte, il Laurent — che infine ammette egli pure trattarsi in quelli ed altri simili casi di *semplici facoltà*, solo sostenendo che il concetto di queste non sia incompatibile colla esistenza di azioni esercibili contro terzi — rende forse di ciò una ragione migliore col sistema da lui preferito? Egli dice che i diritti di obbligare il vicino allo stabilimento dei termini fra le proprietà contigue, o a concedere la comproprietà d'un muro, o di costringere

un condomino a dividere i beni comuni, non sono che *semplici facoltà;* perchè *si attengono all'interesse generale;* perchè *hanno il loro primo fondamento nella natura dell'uomo e nella sua missione;* perchè appartengono, se non a tutti gli uomini, *almeno a tutti quelli che si trovino nel caso di reclamarne l'uso.* Ma, se tutti i diritti che si attengono all'interesse generale dovessero qualificarsi come semplici facoltà, verrebbe davvero immensamente esteso il numero di queste; poichè vi si comprenderebbero, non solo tutti i diritti facoltativi, ma moltissimi altri che non sarebbero tali; come per esempio i diritti di revocare donazioni per sopravvenienza di figli (art. 1083 Cod. civ.), di far annullare contratti fatti a nome di persone incapaci senza l'adempimento delle forme abilitanti prescritte dalla legge (art. 1303 Cod. civ.), o contratti nulli in modo assoluto per difetto di formalità estrinseche (art. 1300 Cod. civ.), di far rescindere vendite per causa di lesione (art. 1529 Cod. civ.), di far annullare compere fatte da persone dichiarate incapaci dagli art. 1457 e 1458 Cod. civ., ed una infinità di altri. L'asserire che *abbia fondamento nella natura stessa dell'uomo e nella sua missione* il diritto di esigere dal proprietario d'un muro contiguo ad un proprio fondo di renderlo comune in tutto od in parte, o di richiedere un passaggio a benefizio d'un fondo chiuso, od un acquedotto per utilizzare acque, ci sembra una esagerazione troppo manifesta. Il dire che sia da considerarsi *di dominio comune* un diritto, perchè può essere esercitato *da tutti quelli che si trovino nel caso d'invocarlo,* ci sembra non meno azzardato; perchè, ammessa una tale idea, non vi sarebbe più *diritto derivante da disposizione della legge,* che non dovesse qualificarsi come una semplice facoltà, mentre è ben certo che tutti codesti diritti sono egualmente esercibili *da tutti coloro che si trovino nei casi dalla legge contemplati.*

Sicchè, dopo tutto ciò, ci crediamo autorizzati a concludere, che l'una delle due teorie, che abbiam veduto

contrapporsi, non ha miglior fondamento dell'altra; ed amendue difettano in ciò, che confondono le vere e semplici *facoltà*, coi *diritti*, che siano *facoltativi*.

43. La parola *giustizia* può essere intesa in diversi significati. Nel senso più generale essa esprime la conformità del nostro volere o delle nostre azioni alla legge; e in ciò si confonde col *diritto* (1). In questo senso è la definizione: " Justitia est constans et perpetua voluntas " jus suum cuique tribuendi „ (*Inst.*, lib. I, tit. I). E poichè le leggi, a cui dobbiamo conformare le nostre azioni, sono le naturali e le positive, è concepibile sotto tale aspetto la distinzione di *giustizia naturale* e *giustizia civile*.

Nel senso più proprio si dà il nome di giustizia alla giurisdizione, cioè al diritto di giudicare, all'ufficio di far ragione a ciascuno, applicando le leggi ai casi particolari. La giustizia intesa in tal modo è un attributo del potere esecutivo, appartenente al Re; ed è in questo senso che l'art. 68 dello Statuto dichiara: " La giustizia emana dal " Re, ed è amministrata in suo nome dai giudici ch'egli " istituisce „.

Si dà pure talvolta il nome di giustizia ai tribunali incaricati di amministrarla, e più generalmente a tutti i funzionari ed uffiziali addetti all'ordine giudiziario.

La parola *equità* è parimente accettata in diverse significazioni; delle quali la più generale è quella in cui si considera come sinonimo di *giustizia*, consistendo l'*equo* in quella uguaglianza che deriva dalla corrispondenza di un atto ad una norma, e dall'essere reso a ciascuno ciò che gli è dovuto, e in quella esatta misura in cui gli è dovuto.

Più comunemente, però, si adopera la parola *equità*, se non in contrapposto all'altra parola *giustizia*, almeno per indicare un temperamento che si apporti al rigore della legge scritta. È impossibile che questa preveda de-

---

(1) V. sopra, n. 24, pag. 96.

terminatamente tutte le circostanze particolari, le quali possono mutare la natura dei casi; talchè a qualcuno di essi può trovarsi non applicabile secondo il suo spirito una determinata disposizione della legge positiva. Ed allora il sentimento della *equità*, cioè della giustizia naturale, dev' essere di guida al giudice; sia per supplire coll'applicazione dei principii generali di diritto a quelle norme che non si trovino scritte nella legge, sia per interpretarla in ciò ch'essa contenga di oscuro o di ambiguo — dovendosi in dubbio ritenere che la legge positiva abbia voluto conformarsi ai principii di giustizia naturale, piuttostochè opporvisi — sia, in fine, per temperare, dove sia possibile senza violare una legge, il rigore soverchio e contrario alla giustizia naturale che in essa si riscontri. Certamente, se il rigore, per quanto eccessivo, d'una determinata disposizione di legge, le sia essenziale per le parole in cui è concepita, e per la chiara intenzione del legislatore, non potrebb'essere lecito ai giudici di attribuire a quella disposizione un diverso senso, sotto il pretesto di moderarne l'asprezza col mezzo d'una interpretazione fondata sull'equità; perchè con ciò il magistrato giudicante verrebbe a sostituirsi al legislatore (art. 3, § 1° *Dispos. prelim.*). Ma quando sulla vera intenzione del legislatore stesso rimanga il dubbio, e ciò che vi sia di soverchiamente duro e di contrario alla giustizia naturale nella lettera d'una disposizione di legge, non ne formi una condizione e un elemento essenziale e inseparabile, ma possa essere corretto da una interpretazione fondata sulla equità, è naturale, e conforme ai principii stabiliti nel detto art. 3, che al senso letterale della disposizione si preferisca quello che meglio corrisponda alla intenzione del legislatore, la quale — nel dubbio, che supponiamo — è da presumersi conforme, non opposta ai principii di giustizia naturale.

Alla equità fa talvolta espresso riferimento la legge stessa. Così nell'art. 463 del Codice civile è dichiarato

che: “ Il diritto di accessione, quando ha per oggetto “ cose mobili appartenenti a diversi proprietari, *è regolato* “ *dai principii della equità naturale* „ e che le seguenti disposizioni sono destinate soltanto a *servire di norma al giudice per decidere nei casi non preveduti secondo le particolari circostanze*.

I principii di equità furono anzi considerati in questa materia (e non è qui il luogo di discutere se sia stato fatto opportunamente o no), come i veri precetti adottati dalla stessa legislazione positiva, che i giudici debbono applicare; e le regole scritte successivamente furono dichiarate semplici norme, da applicarsi ai casi stessi preveduti, e molto più ai non preveduti, con riguardo sempre ai principii della equità naturale.

Così pure nell'art. 1124, parlandosi degli effetti dei contratti, è detto che questi “ obbligano, non solo a quanto “ è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conse- “ guenze che secondo l'*equità*, l'uso o la legge ne deri- “ vano „. — Qui la equità è assunta come elemento di interpretazione della volontà dei contraenti. E certamente è ragionevole il ritenere ch'essi abbiano inteso, anche non esprimendolo, di vincolarsi per tutto ciò che sia conseguenza necessaria delle obbligazioni da ciascuno di loro esplicitamente assunte verso l'altra parte; o sia poi che tali conseguenze siano consacrate dalla legge positiva, o risultino dai principii di giustizia naturale, o dall'uso dei luoghi.

44. I Codici civili anteriori all' attuale nostro contenevano tutti un titolo preliminare, in cui erano stabilite le norme fondamentali intorno alle leggi in generale, alla pubblicazione, agli effetti, all'applicazione, all'interpretazione, ed all'abrogazione di esse. Così il Codice civile del regno d'Italia, tradotto officialmente dal Codice civile francese (art. 1° al 6°); il Codice civile generale austriaco (§§ 1 al 14); il Codice pel regno delle due Sicilie (art. 1°

all'8°); il Codice Parmense (art. 1° all'8°); il Codice Albertino (art. 4 al 17); il Codice Estense (art. 1 all'11).

Nel progetto di Codice civile presentato in iniziativa al Senato, nella tornata del 15 luglio 1863, dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli), non era stato seguìto l'esempio degli altri; e si entrava, senz'alcun titolo preliminare, nella trattazione delle materie proprie del Codice stesso. Le ragioni che avevano determinata questa omissione, si trovano accennate nella relazione della Commissione senatoria; la quale però stimò più opportuno di aggiungere al progetto quelle disposizioni generali per tutte le leggi, che non vi erano state premesse.

« Prima che ci addentriamo nell'esame del Codice che « ci è presentato — diceva l'illustre relatore Vigliani — « occorre di far breve cenno di un titolo preliminare sopra « le leggi in generale, il quale, mentre sta in fronte del « Codice Napoleone e di tutti quelli che lo seguirono, non « si trova nel progetto. Le ragioni dal Ministro addotte « di questa omissione sono, che le disposizioni onde il « titolo preliminare si compone, riguardano non solamente « il Codice civile, ma ogni altra legge, e che per conse- « guenza esse si possono più acconciamente aggregare « alla legge speciale che concerne la pubblicazione delle « leggi e ne determina la efficacia nel regno. Queste ra- « gioni non sono sembrate alla Commissione sufficienti « per dipartirsi dall'esempio costantemente seguìto da tutti « i legislatori antichi e moderni; perchè se è vero che « le norme riunite nel titolo preliminare non appartengono « ad alcun Codice, è pure incontestabile che esse sono « al dire del grande Portalis, i prolegomeni di tutti i « Codici, le leggi delle leggi, e per questo motivo stanno « bene in fronte del Codice civile, che è la prima e la « più nobile parte dell'edificio legislativo. Che se le forme « della pubblicazione delle leggi, per essere variabili a « seconda dei tempi, dei luoghi e degli usi, opportuna- « mente vengono riserbate ad una legge speciale, lo stesso

" non può dirsi di quei canoni che regolano gli effetti
" e l'applicazione delle leggi in generale: essi sono di
" tutti i tempi e di tutti i luoghi, sono immutabili e
" perpetui come la ragione e la giustizia. Perciò ragion
" vuole che vadano inseparabili compagni del corpo delle
" leggi di qualunque popolo. Così fu risoluta in Francia
" la questione, dopo lunga e matura discussione, dagli
" illustri compilatori del Codice Napoleone. Venuta in
" questa risoluzione la Commissione avvisò pure che il
" titolo preliminare non dovesse contenere che le poche
" norme più essenziali ed inconcusse, che si leggono in
" altri Codici, escluse le meno importanti e le contro-
" verse „ (1).

E infatti erano sei soli articoli, che la Commissione senatoria proponeva per comporre il titolo preliminare del Codice civile, e nei quali era trattato della pubblicazione delle leggi, della loro irretroattività, degli effetti che hanno relativamente alle persone ed ai beni, delle disposizioni legislative a cui non è lecito derogare per convenzione o disposizione privata, e infine dell'applicazione e della interpretazione delle leggi.

La Commissione speciale incaricata della coordinazione del Codice civile ebbe ad occuparsi del dubbio se convenisse, o no, premettere alle disposizioni del Codice stesso un titolo preliminare, che contenesse le principali regole riguardanti le leggi in generale; ed anzi le era stato intorno a ciò formalmente proposto un apposito quesito dal Ministro guardasigilli.

Alcuni tra i commissari proponevano la soppressione del titolo preliminare progettato dalla Commissione senatoria; allegando che alcuni degli articoli, di cui si componeva, contenessero principii generali universalmente ammessi, e non bisognevoli di espressa dichiarazione legislativa; altri dovessero piuttosto formare oggetto di leggi

(1) V. *Relazione* Vigliani, pag. 8, 9.

speciali; qualcuno, in fine, non corrispondesse ai principii più recentemente insegnati dalla scienza.

Altri però esprimeva l'opinione che fosse ad ogni modo indispensabile stabilire regole generali intorno alla pubblicazione, interpretazione ed applicazione di tutte le leggi " affinchè servissero di norma invariabile ai giudici, e " quando fossero violate potesse la Corte suprema cassare " le relative sentenze ".

Furono allora poste a votazione separatamente le due questioni: se dovessero adottarsi in massima le disposizioni del titolo preliminare, salve le aggiunte e le modificazioni di cui si ravviserebbero suscettibili quelle proposte dalla Commissione senatoria — e se dovessero conservarsi come titolo preliminare del Codice, od essere collocate in altra parte di esso, o formare oggetto d'una legge speciale. Ed a maggioranza fu risoluto affermativamente il primo di questi quesiti; e sul secondo fu deliberato di sopprimere il titolo preliminare, riservandosi di stabilire più tardi se a quelle disposizioni dovesse provvedersi con legge speciale o in altro modo (1). Una Sotto commissione nominata all' uopo presentò poi un nuovo progetto col titolo di *Disposizioni preliminari ai Codici del regno d'Italia;* e dopo discussi e deliberati con varie modificazioni i 12 articoli di cui quel progetto era composto, ripresentate le questioni relative alla intitolazione ed alla sede da assegnarsi a tali disposizioni, la Commissione coordinatrice deliberò unanimemente " che le dette disposizioni siano " bensì collocate in principio del Codice civile, come quello " che precede nell'ordine legislativo gli altri Codici, ma " senza farne parte integrante, e che abbiano perciò una " numerazione distinta da quella del detto Codice. Sono " esse quindi intitolate *Disposizioni sulla pubblicazione, in-" terpretazione ed applicazione delle leggi in generale.*

(1) V. Proc. verb., n. 1, pag. 25, 26.

" La Commissione credè che questo temperamento po-
" tesse conciliare i due sistemi che si trovavano in pre-
" senza, ed ai quali accennava il primo quesito del Ministro
" guardasigilli; giacchè nel mentre si rendeva omaggio
" alle teorie della scienza ed al rigore dei principii logici,
" i quali non comportano che disposizioni generali, ed
" applicabili tanto al Codice civile quanto agli altri Codici,
" fossero immedesimate nel primo anche per la forma,
" si rispettava poi in massima il principio direttivo, cioè
" la materiale inserzione di tali disposizioni in fronte al
" Codice civile, e si cansavano le difficoltà e gl'inconve-
" nienti a cui si sarebbe andato incontro, se si fossero
" volute sancire quelle disposizioni con una legge speciale,
" che in nessuna maniera fosse attinente alla pubblica-
" zione dei nuovi Codici „ (1).

Il Ministro guardasigilli poi, nella relazione con cui presentava nel 25 giugno 1865 alla sanzione del Re il nuovo Codice civile, scriveva queste parole:

" Chiamando innanzi tutto a disamina il titolo preli-
" minare del Codice si ebbe a ravvisare opportuno di
" recarvi talune modificazioni, così nella forma come nella
" sostanza; nella forma, in quanto le disposizioni generali
" che stanno in fronte al Codice civile venissero assu-
" mendo un carattere di universalità da governare tutta
" quanta la legislazione a modo di teoremi, o di principii
" direttivi; nella sostanza, in quanto al porre in sodo con
" formole esatte e comprensive i principii che si riferivano
" a tre ordini di dettati; dei quali alcuni si attengono
" al modo di pubblicazione delle leggi, ed agli effetti di
" esse; altri alle norme interpretative delle leggi medesime:
" ed altri infine che intendono a regolare lo stato e la
" capacità dello straniero, viemeglio determinando gli effetti
" giuridici degli statuti personali e reali, coerentemente
" ai principii del diritto internazionale privato „.

(1) V. Proc. verb., n. 55, pag. 643.

Queste ultime espressioni potrebbero forse dar luogo a qualche concetto non perfettamente esatto. Gli ultimi sette articoli delle disposizioni generali premesse al Codice civile, e contenenti norme di diritto internazionale privato, non hanno veramente per oggetto di *regolare lo stato e la capacità degli stranieri* — com'è detto nella relazione ministeriale — ma piuttosto di dirimere i conflitti che possono elevarsi tra le leggi nazionali e le straniere relativamente allo stato ed alla capacità personale, ai beni, ed agli atti, sia di cittadini italiani, sia di stranieri. Nè sussiste che con quelle norme si sia voluto *determinar meglio gli effetti giuridici degli statuti personali e reali;* mentre anzi — come già abbiamo avuto occasione di notare (1) e dovremo più ampiamente dimostrare in seguito — la distinzione di leggi personali e reali non è più, secondo la nostra legislazione, che uno degli elementi assunti come fondamento delle regole di diritto internazionale privato; ben lungi però che codeste regole siano state esclusivamente coordinate a quella distinzione, non occupandosi d'altro che di determinare gli effetti giuridici delle leggi personali o delle leggi reali.

Volendo poi stabilire una classificazione di quelle disposizioni, si può dire ch'esse riguardano: 1° la pubblicazione ed attivazione delle leggi (art. 1); 2° gli effetti di esse in ordine al tempo (art. 2); 3° la loro interpretazione ed applicazione (art. 3, 4); 4° la loro abrogazione (art. 5); 5° le principali regole di diritto internazionale privato (art. 6 al 12).

L'articolo 12 fu pure compreso dalla Commissione coordinatrice tra le disposizioni di diritto internazionale privato, perchè vi è dichiarato quali siano le leggi nostre a cui non può essere derogato per virtù di leggi straniere, nè di atti celebrati, nè di sentenze proferite in paese estero; sebbene veramente quell'articolo contenga più

(1) V. sopra, n. 13, p. 56 e seg.

generalmente la determinazione delle leggi nazionali non derogabili in nessun modo; poichè vi è esteso anche *alle private disposizioni e convenzioni* quello stesso che è detto *delle leggi, degli atti e delle sentenze di un paese straniero.*

45. Da quanto abbiam detto nel numero precedente risulta manifesta la intenzione del legislatore nostro di sostituire al *titolo preliminare,* che i Codici civili anteriori contenevano come loro parte integrante, una serie di disposizioni generali concernenti l'efficacia, l'interpretazione e l'applicazione di tutte le leggi; le quali disposizioni venissero premesse al Codice civile, non tanto come parte integrante di esso, ed ai soli suoi precetti applicabili, quanto come principii direttivi della intiera legislazione.

È quindi indubitabile che le regole scritte in questi dodici articoli siano da osservarsi, non solo pel Codice civile, ma eziandio per tutti gli altri Codici del regno, anzi per tutte in generale le disposizioni legislative, sia che appartengano al diritto privato od al diritto pubblico.

È certo però altrettanto che per le sole leggi vere e proprie, nel senso stretto della parola, sono testualmente stabilite quelle disposizioni; come apparisce dalla stessa intitolazione che ad esse fu data, e dalla discussione a cui diedero luogo. Ma ciò non toglie che possano e debbano osservarsi anche per altri precetti giuridicamente obbligatorii, che veramente non siano emanati dal potere legislativo, epperò come leggi possano riguardarsi soltanto nel più largo senso, non in quello specifico e proprio; quali sono i regolamenti e decreti fatti per la esecuzione delle leggi, ed i regolamenti speciali, decreti, ordinanze ed altre disposizioni, che nei limiti delle rispettive loro attribuzioni possono esser dati dalle autorità amministrative. Anche ai precetti contenuti in tali atti, siccome affini alle leggi vere e proprie, quanto alla loro virtù obbligatoria generale, possono essere da applicarsi le massime stabilite nelle disposizioni di cui parliamo, sia per

quella tra esse le quali non facciano che proclamare principii generali di diritto, di loro natura osservabili per qualsiasi precetto giuridicamente obbligatorio; sia ancora per altre dalle quali si possa argomentare per analogia.

Così sono indubbiamente applicabili, non solo per le leggi vere e proprie, ma eziandio pei decreti e regolamenti, fatti per la esecuzione delle leggi stesse dal potere esecutivo, nonchè per le disposizioni dell'autorità amministrativa aventi carattere di precetti giuridicamente obbligatorii per tutti i cittadini, il principio della irretroattività (art. 2), le regole relative all'interpretazione (art. 3 e 4), la massima che per convenzioni o disposizioni private non si possa derogare a regole d'ordine pubblico (art. 12), e congruamente anche le regole relative all'abrogazione espressa o tacita dichiarate nell'art. 5.

Può dubitarsi — e di ciò parleremo a luogo opportuno — se la disposizione contenuta nel primo paragrafo dell'articolo 1°, concernente il tempo decorribile dalla pubblicazione delle leggi, dopo il quale soltanto esse divengono obbligatorie, sia da applicarsi parimente ai decreti ed ai regolamenti fatti dal potere esecutivo.

La regola dell'art. 11 può avere applicazione anche per i regolamenti e le disposizioni speciali, che in materia di sicurezza pubblica, d'igiene, e di polizia locale siano emanati dalle autorità amministrative competenti secondo le leggi.

CAPO I.

Della formazione ed attivazione delle leggi.

SOMMARIO. — 46. Elementi necessari per la piena efficacia dei precetti giuridici in generale, e delle leggi vere e proprie, in particolare. — 47. Formazione delle leggi vere e proprie: — proposizione — deliberazione — sanzione. — 48. Promulgazione. — 49. Pubblicazione delle leggi. — 50. Sistemi diversi intorno ai modi della pubblicazione. Sistema adottato dal legislatore italiano. — 51. Se nel diritto nostro sia vero che la pubblicazione abbia per oggetto, non tanto di far conoscere la legge, quanto di stabilire il tempo in cui si presumerà conosciuta; e in quale senso possa ammettersi la distinzione tra pubblicazione legale e pubblicazione di fatto. — 52. Nessuna legge può divenire obbligatoria in tutto il regno, nè in alcuna parte di esso, se non sia stata pubblicata. — 53. Notorietà presunta, e conseguente obbligatorietà delle leggi, quando siano state pubblicate nei modi prescritti come essenziali, e sia trascorso da tale pubblicazione il termine prefisso. — 54. Termine uniforme per la obbligatorietà delle leggi in tutto il regno: Derogazioni possibili alla regola generale che prefigge questo termine. — Modo di computarlo. — 55. Se il termine prefisso per la obbligatorietà delle leggi debba reputarsi formare parte integrante della pubblicazione di esse. — 56. Da qual giorno debbansi computare i termini, che una legge espressamente disponga dover decorrere dalla sua pubblicazione. — 57. Se la regola, che stabilisce il tempo in cui le leggi divengono obbligatorie, sia applicabile indistintamente anche ai cittadini, che al tempo della pubblicazione delle leggi stesse si trovino in paese estero. — 58. Modo in cui debbono essere pubblicati, e tempo in cui divengono obbligatorii i decreti e regolamenti per la esecuzione delle leggi, i decreti, i regolamenti, le ordinanze ed altri provvedimenti emanati dalle competenti autorità amministrative.

46. Un precetto giuridico non può esistere legalmente se non sia emanato da un'autorità, alla quale, secondo la costituzione politica dello Stato, appartenga il potere di comandare, proibire e permettere, e coll'osservanza delle regole e delle forme prescritte.

Nè basta l'esistenza quantunque perfetta d'un precetto giuridico, se inoltre non gli sia stata impressa dall'autorità competente la forza esecutiva, mediante l'ordine dato ai cittadini di obbedirvi, ai funzionari ed agenti, a cui spetta, di farlo osservare.

Esistendo legalmente, ed essendo reso esecutorio, un precetto giuridico ha in sè quanto bisogna per obbligare i cittadini a prestarvi obbedienza, ed i magistrati giudiziali e i funzionari amministrativi a farlo eseguire. Ma, affinchè questa obbligazione possa tradursi in atto, occorre un altro requisito necessario a verificarsi nelle persone tenute ad adempierla; che, cioè, esse abbiano conosciuto, od almeno abbian potuto conoscere le regole a cui debbono conformare le loro azioni.

Sarebbe assurdo non meno che tirannico l'imporre comandi o proibizioni ai cittadini, e renderli responsabili di non avervi ottemperato, senzachè quegli ordini o quei divieti fossero stati manifestati con qualche mezzo, da cui risultasse la prova, od almeno la presunzione che fossero giunti a loro notizia.

È essenziale pertanto la distinzione tra l'*esistenza giuridica*, l'*esecutorietà* e l'*obbligatorietà* delle leggi.

La prima si verifica quando un precetto giuridico è emanato dall'autorità legittima coll'adempimento delle regole e delle forme necessarie; la seconda dipende dall'ordine dato dal potere esecutivo perchè quel precetto sia osservato e fatto osservare; la terza, oltre all'esistenza ed all'esecutorietà del precetto giuridico, suppone da parte di coloro che debbano osservarlo l'esistenza delle condizioni necessarie acciocchè possano esservi legittimamente costretti.

Per altro non per tutti i precetti giuridici si riscontrano di fatto distinti gli atti di formazione e di esecutorietà di essi. Quando l'autorità da cui emanano è quella stessa a cui spetta pure di renderli esecutorii, è in realtà con un atto solo che quest'autorità compie amendue gli uffici. È unicamente nelle leggi vere e proprie, secondo il significato specifico attribuito alla parola *leggi* nel sistema costituzionale nostro, che la distinzione teorica tra la formazione e l'esecutorietà delle leggi trova un riscontro reale, perchè il potere legislativo essendo distinto dall'esecutivo, i precetti emanati dal primo, quantunque aventi una

perfetta esistenza giuridica, abbisognano ancora dell'opera dell'altro potere per essere resi esecutorii.

L'ultima distinzione, riguardante l'*obbligatorietà*, è invece perfettamente comune tanto alle leggi vere e proprie, che ai regolamenti, o ai decreti emanati dal Governo del Re, ai decreti, alle ordinanze ed agli altri atti fatti dalle autorità amministrative; essendo inconcepibile la virtù di obbligare per qualunque precetto giuridico, se non sia, o possa almeno presumersi, noto a coloro che debbono osservarlo: salvo la differenza dei mezzi, da cui la prova o la presunzione di tale notizia possa essere tratta.

47. Le leggi vere e proprie sono opera del potere legislativo; che, secondo l'art. 3 dello Statuto nostro, *è collettivamente esercitato dal Re e da due Camere, cioè il Senato e la Camera dei Deputati.*

Nella formazione delle leggi si distinguono tre stadi: la *proposizione*, la *deliberazione* e la *sanzione*.

La *proposizione* delle leggi appartiene al Re, ed a ciascuna delle due Camere (art. 10 dello Statuto).

La *deliberazione* — a cui dee precedere la discussione in seduta pubblica (art. 52) — non può esser presa da ciascuna Camera se non alla maggiorità dei voti (art. 54).

Discussa ed approvata da una Camera, la proposta di legge viene trasmessa all'altra Camera per la discussione ed approvazione; e data questa, viene poi presentata alla *sanzione* del Re (art. 55).

Per *sanzione* s'intende l'atto dell'assenso dato dal Re, come partecipante del potere legislativo giusta l'art. 3 dello Statuto, ad una legge già approvata da amendue le Camere. Nè questo è concetto che debba veramente la sua origine prima alla forma di governo monarchico rappresentativo che ci regge; mentre nella stessa legislazione romana ne troviamo le traccie.

« Humanum esse probamus — dicevano gl'imperatori « Teodosio e Valentiniano al Senato (L. 8, Cod. *De legibus*

" *et constitutionibus*) si quid de cetero in publica privatave
" causa emerserit necessarium, quod formam generalem
" et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus
" antea, tam proceribus nostri palatii, quam gloriosissimo
" coetu vestro, patres conscripti, tractari: et si universis,
" tam judicibus, quam vobis placuerit, tunc legata dictari;
" et sic ea denuo collectis omnibus recenseri; *et cum omnes*
" *consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consi-*
" *storio recitari, ut universorum consensus nostrae serenitatis*
" *auctoritate firmetur*. Scitote igitur, patres conscripti, non
" aliter in posterum legem a nostra clementia promulgan-
" dam, nisi supradicta forma fuerit observata ".

Se non che allora era propriamente l'autorità del principe che dava vita alla legge, trasformando in essa un progetto suffragato dal consenso universale; e questo consenso non era altro che una formalità prefissa dal supremo imperante a sè stesso, per non emanar leggi, la cui necessità od utilità non fosse dalla generalità riconosciuta. Attualmente la sanzione del Re non è che una parte della opera legislativa; ed aggiungendosi all'approvazione già data dal Senato e dalla Camera dei deputati ad un progetto, gli attribuisce l'esistenza vera di legge, e la perfeziona come tale pel consenso delle due Camere e del Re, a cui collettivamente è conferito dallo Statuto l'esercizio del potere legislativo.

Da ciò deriva che la sanzione reale debba considerarsi come atto di potere legislativo, non del potere esecutivo appartenente al Re solo (art. 5 dello Statuto); ch'essa sia sempre essenziale, ancorchè le Camere abbiano adottato senz'alcuna modificazione un progetto presentato in nome del Re dai suoi ministri responsabili; e che la data d'una legge non possa esser che quella sotto cui viene emanata la sanzione reale.

Prima di questa la legge non può infatti considerarsi come perfetta, poichè manca d'un elemento essenziale alla esistenza sua, come emanazione del potere legislativo. E

quantunque la proposta sia stata presentata dal Governo in nome del Re, e sia stata pienamente adottata dalle Camere, ciò non può dispensare dalla necessità della sanzione; la quale, secondo l'art. 55 dello Statuto, deve venir dopo la discussione ed approvazione della legge da parte delle due Camere; potendo infatti dalla discussione e dalla votazione emergere talvolta ragioni che sconsigliassero dal dare al progetto la forza definitiva di legge.

La sanzione deve risultare da dichiarazione espressa, che si contiene nella formola stabilita per l'atto della promulgazione; ed è resa autentica dalla firma del Re, accompagnata dalla controfirma del ministro proponente, e dal *visto* del Guardasigilli, che vi appone il sigillo dello Stato.

Nessuna disposizione nè dello Statuto, nè di legge, stabilisce veramente alcun termine entro cui la sanzione debba esser data o negata. Per altro un limite risulta implicitamente da ciò, che la sanzione deve necessariamente precedere la *promulgazione*, e per la effettuazione di quest'ultima è prefisso il tempo che corre *prima dell'apertura della Sessione parlamentare immediatamente successiva a quella in cui la legge fu votata*, come vedremo appresso.

48. Sanzionata la legge, essa è perfetta nella esistenza sua come precetto giuridico; ma, per obbligare i cittadini ad osservare tale precetto, i magistrati, funzionari ed agenti pubblici ad applicarlo e farlo eseguire, bisogna ancora renderlo esécutorio; e ciò appartiene ad un altro potere, diverso dal legislativo, cioè al potere esecutivo, spettante al Re solo (art. 5 dello Statuto), dal quale potere dipende pur quello d'impiegare la forza pubblica per far eseguire i precetti legislativi. Inoltre, affinchè i cittadini, i magistrati, i funzionari e gli agenti pubblici siano tenuti ad osservare, applicare e far eseguire un determinato precetto come legge, è pure indispensabile che l'esistenza di essa sia attestata da un'autorità, a cui un

tale ufficio sia attribuito dalla costituzione dello Stato, sicchè a niuno sia più lecito contestare, nè mettere in dubbio l'esistenza e l'efficacia giuridica di quel precetto; ed è ancora al Re, come Capo supremo dello Stato, che codesto ufficio appartiene. Acciocchè poi l'obbligatorietà della legge diventi effettiva, è necessario che la legge medesima sia fatta conoscere a tutti col mezzo della pubblicazione; e l'ordinare questa è parimente un'attribuzione del potere esecutivo, e quindi del Re.

L'atto, col quale il Capo supremo dello Stato, in cui risiede il potere esecutivo, attesta al corpo sociale l'esistenza d'una legge, ed ordina che sia pubblicata ed eseguita, dicesi *promulgazione;* ed è in questo senso la disposizione dell'art. 7 dello Statuto, che " *il Re solo sanziona le* " *leggi e le promulga* „.

A questo concetto complesso della promulgazione corrisponde infatti la formula di essa, stabilita dalla legge, che sotto la data del 23 giugno 1854 fu emanata nelle antiche provincie per regolare l'attuazione del citato articolo 7 dello Statuto, e che estesa poi a tutto il Regno d'Italia, è in questa parte tuttora in vigore, salve le modificazioni introdotte dall'altra legge del 21 aprile 1861, concernente l'intitolazione degli atti ufficiali, e del Decreto reale di pari data riguardante la formazione d'una *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia.* L'art. 1 di detta legge 23 giugno 1854 dispone così:

" La promulgazione della legge è espressa nella seguente formula:

" *Il nome del Re*, ecc.

" *Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato,* " *Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:*

" Testo della legge —

" Ordiniamo che la presente, munita del sigillo dello " Stato, sia inserta nella *Raccolta* degli atti del Governo, " mandando a chiunque spetti di osservarla e di farla os- " servare come legge dello Stato „.

L'attestazione dell'esistenza della legge — per l'approvazione delle due Camere e la sanzione del Re — l'ordine di pubblicazione, e quello di esecuzione, sono le tre parti che questa formula contiene marcatamente distinte.

Un illustre autore, parlando della legge belga del 28 febbraio 1845, la quale non riprodusse la formula di promulgazione contenuta nel decreto francese 9 novembre 1789, riferisce le osservazioni fatte in proposito di quella legge, nella discussione relativa, dal Ministro della giustizia; il quale diceva che, *dovendo una legge esser eseguita per ciò solo che esiste, purchè sia stata promulgata e pubblicata, era dunque inutile ordinare una esecuzione che è di diritto.* L'autore predetto, però, faceva rilevare che una simile osservazione non sarebbe stata ugualmente giusta in riguardo al regime esistente nell'89 “ quando il legislatore si trovava in presenza d'autorità giudiziarie, che reclamavano come una loro prerogativa l'ufficio di registrare le leggi, e che si rifiutavano di applicarle finchè non fossero registrate „ (1).

Un nostro scrittore, dopo aver detto che “ *la promulgazione ha per effetto di fare dal Re ordinare ai cittadini* l'osservanza della legge, ed alle autorità giudiziarie e amministrative di farla osservare „ soggiunge poi in nota — adottando senz'altro l'idea manifestata dal ministro di giustizia nel Belgio — che “ quest'ordine è superfluo, in quanto che ogni legge promulgata e pubblicata dev'essere eseguita, solo perchè esiste nelle condizioni necessarie per esserne obbligatoria per tutti l'osservanza „ (2).

Colla prima di queste proposizioni, però, ci sembra tradotto inesattamente il pensiero del Laurent. Il quale disse bensì “ *avere la promulgazione un secondo effetto, cioè*

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 15.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3ª ediz., vol. I, n. 12, nª 2.

“ *l'ordine dato dal Capo del potere esecutivo alle autorità*
“ *giudiziarie ed amministrative d'eseguire la legge* „ o in altri termini, *uno degli effetti della promulgazione essere l'esecutorietà della legge;* ma non considerò come un effetto della promulgazione di *far ordinare dal Re ai cittadini ed alle autorità giudiziarie ed amministrative l'osservanza della legge,* ciò che è un assurdo, perchè l'ordine di esecuzione, che è parte integrante dell'atto di promulgazione, non può esserne riguardato ad un tempo come effetto, a meno di confondere insieme effetto e causa.

Quanto poi all'osservazione, che sia una mera superfluità il comprendere nella formula di promulgazione anche l'*ordine a chi spetti di osservare e far osservare come legge dello Stato* quella che è promulgata, crediamo che non abbia fondamento. Certamente una legge debitamente approvata, sanzionata, promulgata e pubblicata, dev'essere per ciò solo eseguita; ma ciò lascia intatta la questione, se dell'atto di promulgazione appunto debba far parte anche l'ordine di eseguire la legge; e la risposta affermativa ci sembra la più conforme ad un regime costituzionale, che ha per base la divisione dei poteri, e nel quale perciò il rendere esecutoria una disposizione non può spettare che al potere esecutivo. Per prescindere da quell'ordine nella formula di promulgazione d'una legge, bisognerebbe supporvelo almeno implicito; e posto ciò, non val meglio una frase che lo esprima, come quella che presso noi fu introdotta nella surriferita formula di promulgazione?

Lo Statuto non ha disposizione che prefigga un termine entro cui la promulgazione delle leggi debba esser fatta. Ciò lasciava luogo all'inconveniente gravissimo, che l'efficacia degli atti del potere legislativo rimanesse abbandonata all'arbitrio del potere esecutivo, il quale avesse modo di ritardare a voler suo l'esecuzione delle leggi, differendone la promulgazione. A questo difetto provvide la legge già citata del 23 giugno 1854, disponendo

nell'art. 3 che “ Le leggi sono esecutorie in virtù della “ promulgazione che ne è fatta dal Re *prima dell'apertura della Sessione parlamentare immediatamente successiva a quella in cui furono votate*, salvo che nella legge medesima sia stabilito un altro termine di promulgazione „.

49. La pubblicazione è l'atto, con cui si manifesta una legge debitamente approvata, sanzionata e promulgata, per renderla generalmente nota.

Nel secondo paragrafo dell' art. 1 delle disposizioni premesse al Codice civile sono stabiliti gli elementi che debbono concorrere a costituire legalmente quell'atto. Tale disposizione è espressa così:

“ La pubblicazione consiste nella inserzione della legge “ nella *Raccolta ufficiale* delle leggi e decreti, e nell'an-“ nunzio di tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale* del “ Regno „.

Gli articoli 5 e 6 della legge 23 giugno 1854 (n. 1731) provvedono ai modi in cui devesi far constare dell'inserzione delle leggi nella *Raccolta*, e darne l'annunzio nella *Gazzetta ufficiale*, colle disposizioni seguenti:

“ Art. 5. La Stamperia reale consegnerà un esemplare “ d'ogni foglio della *Raccolta* degli atti del Governo, con-“ tenente la inserzione d'una legge, al Guardasigilli; il “ quale farà constare del ricevimento di tale esemplare “ in apposito registro.

“ Art. 6. La detta inserzione per l'effetto contemplato “ dall'articolo precedente prenderà data dal giorno, in cui “ il Giornale ufficiale del Regno, per cura del Guardasi-“ gilli, ne darà ufficialmente avviso, coll'indicazione del “ numero progressivo della *Raccolta*, nella quale la legge “ promulgata sarà stata inserta „.

I termini stessi, che riferimmo, dell'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice, esprimono chiaramente come la pubblicazione non possa dirsi perfetta colla sola inserzione d'una legge nella *Raccolta ufficiale*, ma sia necessario

a completarla l'annunzio della inserzione stessa nella *Gazzetta ufficiale;* dal quale annunzio soltanto può quindi prendere data la pubblicazione eseguita.

Colla *pubblicazione* non è da confondersi la *promulgazione* delle leggi; quantunque nel senso letterale, che si suole attribuire a quest'ultima parola, essa non significhi altro che l'atto appunto o l'effetto del pubblicare una legge colle necessarie formalità (*promulgare*, id est *pro vulgare*, ob vulgum ponere); e quantunque accada non di rado che, non solo nel linguaggio comunemente usato dai giuristi, ma eziandio nei testi medesimi delle leggi, una tale confusione si faccia; ciò che ha dato motivo a qualche severa e giusta censura (1).

La necessità della distinzione apparisce dalle definizioni stesse che abbiamo date; essendo chiaro che l'atto, col quale il Capo supremo dello Stato attesta al corpo sociale l'esistenza d'una legge, ed ordina che sia pubblicata ed eseguita, non può essere considerato come una cosa stessa coll'atto mediante il quale, in esecuzione di quell'ordine del Re, la pubblicazione si compie. D'altra parte, lo scopo e gli effetti di quei due atti sono differenti. La promulgazione ha per fine di dare autenticità all'esistenza della legge, e renderla esecutoria. Dal giorno quindi in cui è promulgata la legge, che già esisteva perfettamente come precetto giuridico in virtù dell'approvazione e *sanzione* sua, acquista, mediante la *promulgazione*, coll'autenticità del testo in cui è promulgata, la forza per potere e dover essere eseguita. Affinchè però codesta virtù della legge si effettui verso i cittadini che debbono uniformarvi le loro azioni, verso i magistrati e i funzionari, che hanno missione di applicarla e curarne l'osservanza, è necessario un altro requisito; che, cioè, cittadini, magistrati e funzionari abbiano la notizia reale, o presunta almeno, della legge. E tale appunto è lo scopo naturale della pubbli-

---

(1) V. Saredo, *Trattato delle leggi*, vol. I, n. 112.

cazione, la quale perciò, adempita che sia nelle forme legali, ha per effetto di realizzare l'obbligatorietà della legge, allorchè la notorietà di essa possa presumersi conseguita.

Per quanto certa e facilmente giustificabile, la distinzione predetta non fu però sempre riconosciuta; ed è agevole comprenderne il motivo. Dove non era stabilita una regolare divisione dei poteri, la sanzione e la promulgazione d'una legge si confondevano in un atto solo; od anzi nell'atto stesso, con cui la legge veniva sanzionata, si conteneva implicito l'ordine di darle esecuzione, essendo riuniti nella stessa mano i poteri legislativo ed esecutivo.

Perciò sotto il nome di *sanzione* s'intendeva compreso anche l'atto che ora diciamo di *promulgazione*, e questa parola s'impiegava invece a significare l'atto diretto a rendere pubblicamente notorie le leggi.

In diritto romano, invero, sotto il nome di *promulgazione* non s'intendeva altro che la *pubblicazione* della legge, la quale ne traeva la forza di obbligare.

In Francia, sotto l'antica monarchia, non era ignota la distinzione tra *promulgazione* e *pubblicazione*. Il Re promulgava le leggi, apponendovi una formola contenente l'ordine di osservarle e farle osservare, e di farle leggere, pubblicare e registrare, acciocchè divenissero notorie a tutti i sudditi. Così questa promulgazione fissava la data della legge, e la rendeva *esecutoria:* la pubblicazione poi, consistente nella lettura delle leggi fatta all'udienza delle Corti, e più tardi nella registrazione, ossia nella trascrizione delle leggi sui registri dei Parlamenti, le rendeva *obbligatorie* (1).

Dopo la rivoluzione, il decreto 9 novembre 1789 dell'Assemblea costituente distinse in modo formale la promulgazione dalla pubblicazione; dichiarando consistere la

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 61, ss.

prima nella formola, colla quale il Re ordinava a tutti i tribunali, corpi amministrativi e municipalità, di trascrivere la legge sui loro registri, e farla leggere, pubblicare ed affiggere nei luoghi delle rispettive loro residenze.

Colla legge del 4 dicembre 1793, quella distinzione scomparve. Vi era detto *farsi la promulgazione delle leggi mediante una pubblicazione a suon di tromba o di tamburo*, e le leggi divenire obbligatorie *dal giorno della promulgazione*.

Ma la Costituzione del 20 agosto 1795 ripristinò chiaramente la distinzione predetta, facendo consistere la promulgazione nell'*ordine emanato dal Direttorio*, che la legge, o l'atto del Corpo legislativo, fosse *pubblicato ed eseguito*. E la legge del 4 ottobre 1795 non fece che cangiare il modo di pubblicazione.

Così durarono le cose sino alla pubblicazione del Codice civile; nel cui primo articolo si parlava della *promulgazione*, e questa, secondo la Costituzione del 13 dicembre 1799, apparteneva al potere esecutivo, e consisteva nell'ordine di eseguire e far eseguire la legge; il qual ordine però non poteva essere dato se non il decimo giorno dopo l'emissione del Decreto del Corpo legislativo, tale essendo il termine, entro il quale il Tribunato poteva deferire al Senato il Decreto per causa d'incostituzionalità, se vi fosse luogo, ed il Senato poteva per tal causa annullarlo.

Nelle varie legislazioni che ebbero vigore in Italia prima del Codice attuale non si trovava distinta la promulgazione dalla pubblicazione delle leggi.

Il Codice civile generale austriaco disponeva nel § 2°: “ Tosto che una legge è stata debitamente *promulgata*, “ nessuno può allegarne ignoranza a sua scusa „ e nel § 3°: “ L'efficacia della legge e le conseguenze di diritto “ che ne derivano incominciano *immediatamente dopo la* “ *promulgazione di essa*, a meno che la stessa legge *pro-* “ *mulgata* non fissi un termine più rimoto, da cui debba

“ incominciare ad essere operativa „. Nelle quali disposizioni è chiaro, per lo spirito e pel contesto, essersi inteso sotto il nome di *promulgazione* la *pubblicazione* delle leggi, che le rende *obbligatorie*.

Il Codice pel regno delle Due Sicilie stabiliva nell'art. 1°: “ le leggi obbligare in tutto il territorio del Regno *in forza* “ *della promulgazione fattane dal Re*, e dal momento in cui “ la promulgazione è legalmente *a notizia di ciaschedun* “ *Comune* „;

“ La promulgazione essere legalmente a notizia *del Co-* “ *mune in cui è stata fatta*, il dì seguente „; degli altri Comuni secondo diversi termini stabiliti in ragione delle istanze.

Parlando della *promulgazione fatta dal Re*, sarebbe apparso che s'intendesse quella parola nel senso più proprio, riguardante l'*esecutorietà* della legge; ma poichè si proseguiva accennando alla *promulgazione fatta in determinati Comuni*, e da tale *promulgazione* si faceva dipendere, colla prefissione di certi termini, l'*obbligatorietà* della legge, è chiaro che tutto ciò si riferiva piuttosto alla *pubblicazione*.

Il Codice parmense (art. 1°) diceva: “ la *promulgazione* “ delle leggi farsi in un medesimo giorno *nella piazza prin-* “ *cipale* di ciascun capoluogo dei Ducati „ *dai pubblici banditori*, nei modi ivi stabiliti. Evidentemente per *promulgazione* non intendeva altro che la *pubblicazione* delle leggi.

Il Codice Albertino parlava della *pubblicazione* delle leggi, e ne determinava i modi; ma non accennava alla *promulgazione*, e solo stabiliva che le leggi, oltre ad essere firmate dal Re, dovessero essere contrassegnate dal capo di Dicastero che le sottoponesse alla firma reale, e munite del Gran Sigillo dello Stato e del visto di due capi di Dicastero e del controllore generale; che prima della pubblicazione dovessero essere registrate dai Senati, o dalla R. Camera dei conti, secondo i casi; e che qualora quei magistrati e funzionari riscontrassero nelle leggi qualche difficoltà, o disposizioni non conformi al regio servizio, al pubblico

bene, od alle regole di giustizia, dovessero il gran cancelliere, gli altri capi di dicastero o il controllore generale, prima di apporvi il gran sigillo od il visto, rassegnare al Re le loro osservazioni, ed i Senati o la Camera dei conti dovessero sospendere l'interinazione o la registrazione, e fare al Re le opportune rappresentanze (art. 5 al 9 del Cod. civ. Albertino). Nell'art. 8 era detto che: " le leggi " *avranno esecuzione* in ogni città e Comune dello Stato nel " giorno che segue immediatamente quello *in cui vi saranno* " *state pubblicate* " e che " la pubblicazione fatta nel capo- " luogo in cui risiede l'amministrazione civica o comunale " *rende la legge obbligatoria* in tutti i luoghi che ne dipen- " dono " ; il che dimostrava una certa confusione di concetti tra l'*esecutorietà* e l'*obbligatorietà*, tra la *promulgazione* e la *pubblicazione* delle leggi.

L'art. 1 del Codice estense conteneva la riproduzione esatta del riferito primo paragrafo dell'art. 8 del Codice Albertino; e ricorre quindi la medesima osservazione.

Il legislatore italiano ha invece chiaramente scolpita la distinzione di cui sopra dimostrammo il fondamento giuridico; giacchè, avendo detto nell'articolo 1 delle disposizioni premesse al Codice civile, che " le leggi *promulgate* " dal Re *divengono obbligatorie* in tutto il Regno nel deci- " moquinto giorno *dopo quello della loro pubblicazione* " ha reso manifesto che la promulgazione è qualche cosa di diverso dalla pubblicazione, se questa non ha luogo che per leggi già precedentemente *promulgate dal Re;* e mentre la promulgazione — consistente, secondo l'art. 1 della legge 23 giugno 1854, nell'ordine emanato dal Re di pubblicare, osservare e far eseguire la legge — ha per effetto naturale la *esecutorietà* della legge medesima, la *obbligatorietà* di essa dipende invece dalla pubblicazione, e dal trascorrimento del termine dopo il quale se ne presume conseguita la *notorietà*.

Quest'ultimo riflesso ci conduce ad un'altra osservazione; che, cioè, se la pubblicazione delle leggi va distinta

per una parte dalla promulgazione che la precede, per l'altra deve pure distinguersi dalla *notorietà* che ne consegue, e che costituisce poi la condizione indispensabile affinchè le leggi divengano obbligatorie, poichè sarebbe un'assurdità ed una tirannia insieme — come altra volta notammo — l'imporre ai cittadini l'osservanza d'una legge, e ritenerli risponsabili d'averla trasgredita, qualora non fosse, o non si potesse presumere almeno, da essi conosciuta.

Certamente, il sommo desiderabile, che ogni legge fosse resa nota individualmente a ciascuno di coloro che debbono osservarla e farla osservare, e di avere la certezza che niuno la ignorasse, è inattuabile in fatto. Ma quando almeno siansi messi in pratica mezzi generali di pubblicazione, potrà risultarne un fondamento ragionevole per presumere che tutti abbiano potuto e dovuto conoscere la legge così pubblicata, e che se taluno pure la ignori, ciò dipenda da colpa sua, della quale pertanto debba sopportare le conseguenze. A ciò però non può bastare, com'è manifesto, il solo *atto della pubblicazione;* non essendo conforme alla possibilità reale il supporre che appena dopo quell'atto la legge divenga immediatamente nota a tutti. È necessario il decorso d'un certo spazio di tempo, acciocchè la notizia della legge si diffonda; e allora soltanto potrà aver fondamento il ritenere che ognuno abbia potuto e dovuto conoscerla, allora soltanto potrà dirsi stabilita la *notorietà presunta* della legge, e sulla base di tale notorietà attivarsi l'obbligatorietà generale della legge stessa.

Da questo risulta dunque, come dicemmo, che la *notorietà presunta* — la quale è condizione indispensabile della obbligatorietà della legge — non possa confondersi coll'atto della pubblicazione, di cui quella notorietà non è che l'effetto; mentre anzi codesto effetto non deriva neppure da quell'unica causa dell'esistenza dell'atto di pubblicazione, ma dal decorso inoltre di un termine stabilito dalla legge, e computabile dal giorno della pubblicazione eseguita.

50. Questi concetti così semplici e chiari, assunti come norma dal legislatore italiano, non erano però stati sempre ammessi. Senza risalire a legislazioni più antiche — nelle quali il mezzo di pubblicazione generalmente adottato consisteva nell'affissione pubblica del testo scritto delle leggi, e queste divenivano da quel giorno stesso obbligatorie — e limitandoci al diritto francese, da cui ebbero origine le istituzioni nostre attuali in questa parte, poche altre materie forse hanno subìto in quel diritto tante mutazioni, quante avvennero in questa della pubblicazione delle leggi.

Sotto l'antica monarchia francese la pubblicazione consisteva unicamente nella lettura delle leggi all'udienza; ma quando poi i Parlamenti si arrogarono la prerogativa della registrazione delle leggi, si ritenne insufficiente la formalità della semplice lettura all'udienza, e necessaria per completare la pubblicazione delle leggi la loro trascrizione sui registri dei Parlamenti.

Secondo il decreto 9 novembre 1789 dell'Assemblea costituente, le leggi dovevano esser trasmesse ai tribunali, ai corpi amministrativi ed ai municipi, e immediatamente dovevano esser trascritte sui registri, lette, pubblicate ed affisse; dal giorno in cui tali formalità erano state adempite in ciascun tribunale, le leggi entravano in attività nei limiti della giurisdizione rispettiva. La legge del 2 novembre 1790 moltiplicò le formalità della pubblicazione, affidandone l'eseguimento a molti funzionari, e stabilendo che esemplari autentici di ogni legge dovessero essere inviati a ciascuna amministrazione di dipartimento, e da questa alle amministrazioni di distretto ad essa subordinate, e le une e altre facessero trascrivere le leggi sui loro registri, e depositarle nei loro archivi, e ne inviassero poi esemplari stampati, e certificati conformi, alle municipalità, le quali stendessero sui loro registri processo verbale di ricevimento di ciascuna legge; che i corpi amministrativi, tanto di dipartimento, che di distretto, dovessero pubblicare nelle città di loro sede tutte le leggi trascritte, mediante affissione

degli stampati in ciascuna municipalità, e inoltre nelle municipalità di campagna mediante lettura pubblica all'uscita della messa parrocchiale; che il ministro di giustizia inviasse direttamente un esemplare autenticato di ciascuna legge ad ognuno dei commissari presso i tribubunali di distretto, i quali ne facessero entro tre giorni la presentazione ai tribunali stessi, e questi fossero tenuti a farne eseguire entro otto giorni la trascrizione e la pubblicazione, tanto mediante lettura all'udienza, che mediante affissione di stampati. Così, trascrizione sui registri, lettura pubblica, affissione, erano tutti mezzi accumulati da questa legge nell'intento di procurare la più ampia pubblicità possibile.

La legge del 4 dicembre 1793 soppresse i mezzi di pubblicazione consistenti nella registrazione e nell'affissione. Fondò invece il *Bollettino delle leggi*, nel quale dovevano essere stampate tutte le leggi d'interesse pubblico e di esecuzione generale; ed era questa inserzione nel *Bollettino*, che serviva di notificazione della legge alle autorità costituite. La pubblicazione poi si eseguiva in ciascun Comune *a suon di tromba o di tamburo*, leggendosi ai cittadini le leggi in luogo pubblico, nel decimo giorno di ciascuna decade, o dal *maire*, o da un ufficiale municipale, o dai presidenti di sezione.

L'altra legge del 4 ottobre 1795 soppresse, a sua volta, i mezzi di pubblicazione consistenti nel chiamare il popolo a suon di tromba o di tamburo, e nel dare lettura pubblica delle leggi; mantenne il *Bollettino ufficiale*, ed anzi riguardò come accertata da esso la *notorietà di diritto* dell'esistenza delle leggi che vi erano stampate; di guisa che ogni legge dovesse divenire obbligatoria in ciascun dipartimento dal giorno in cui il *Bollettino ufficiale*, che la contenesse, venisse distribuito al capo-luogo del dipartimento; e di questo giorno dovevasi far constare da un registro, sul quale gli amministratori di ciascun dipartimento erano tenuti a certificare l'arrivo di ogni nu-

mero del *Bollettino*. Per far poi conoscere alle autorità costituite in ciascun dipartimento il giorno dal quale le leggi dovessero ritenersi obbligatorie, una risoluzione del 31 maggio 1796 del Direttorio stabilì, che il Commissario del potere esecutivo presso l'amministrazione centrale di ogni dipartimento dovesse nel primo giorno di ciascuna decade trasmettere alle autorità predette un quadro da lui sottoscritto, contenente la indicazione dei numeri del *Bollettino ufficiale* ricevuti nella decade precedente, e la designazione precisa del giorno d'arrivo di ciascun numero.

Così si rimase fino all'attivazione del Codice civile francese; nel quale a fronte dei vari modi di pubblicazione, che prima erano stati successivamente adottati, e atteso agl'inconvenienti che da tutti si era visto derivare, si preferì di sostituire alla pubblicazione effettiva una *presunzione di notorietà*, dedotta dal trascorrimento di un certo termine dal giorno della promulgazione di ciascuna legge; termine variabile secondo la distanza tra la sede del Governo, dove la promulgazione avveniva, e il capoluogo di ciascun dipartimento.

L'articolo 1 di quel Codice disponeva infatti così: " Le " leggi hanno esecuzione in tutto il territorio francese, in " forza della promulgazione che n'è fatta dal primo console.

" Esso sono osservate in qualunque parte della Repub- " blica, dal momento in cui può esserne conosciuta la " promulgazione.

" La promulgazione fatta dal primo Console sarà ripu- " tata conosciuta nel dipartimento in cui risiederà il Go- " verno, un giorno dopo quello della promulgazione; ed in " ciascuno degli altri dipartimenti, dopo lo stesso termine, " aumentato di altrettanti giorni, di quante decine di miria- " metri sarà distante il capoluogo di ciaschedun diparti- " mento dalla città dove sarà stata fatta la promulgazione „.

Cominciavasi dunque dal porre il fondamento della *esecutorietà* delle leggi nella *promulgazione* fattane dal Capo del potere esecutivo, nella *promulgazione* secondo il vero e

stretto senso di questa parola; e ciò era perfettamente conforme ai principii.

L'*obbligatorietà* delle leggi medesime si faceva dipendere dalla *possibilità* che l'avvenuta promulgazione fosse generalmente nota in ciascuna parte del territorio dello Stato; e per l'applicazione di questa massima si stabiliva poi la *presunzione legale assoluta* che la promulgazione *avesse potuto essere conosciuta* nel dipartimento in cui essa era seguìta, cioè in quello di residenza del Governo, ventiquattro ore dopo il compimento del giorno in cui il Capo dello Stato avesse firmata la promulgazione stessa, e negli altri dipartimenti dopo spirato il medesimo termine aumentato in ragione delle distanze.

Così era il solo fatto della promulgazione, seguìto dal decorso d'un termine, che produceva l'obbligatorietà della legge; indipendentemente da qualsiasi fatto di pubblicazione, di cui non era necessario somministrare la prova. Vero è che le leggi, rivestite della promulgazione, dovevano ancora essere inserite nel *Bollettino ufficiale* e inviate ai dipartimenti; ma l'inadempimento di queste prescrizioni non avrebbe potuto influire sulla forza obbligatoria delle leggi (1).

Questo sistema non portava con sè gravi inconvenienti allorchè fu attivato il Codice francese. La *sanzione* delle leggi, che apparteneva al Capo dello Stato secondo la Costituzione del 1791, era scomparsa dopo, e le proposte del Governo divenivano leggi pel solo decreto del Corpo legislativo; al Capo dello Stato spettava soltanto di *promulgare* queste leggi, e doveva farlo trascorsi che fossero i dieci giorni entro i quali il Tribunato poteva deferire al Senato le leggi che reputasse incostituzionali. Da una parte, quindi, poteva reputarsi non necessario l'adempimento di formalità speciali di pubblicazione; poichè la discussione e l'approvazione delle leggi era pubblica, nota quindi generalmente la

(1) V. Zachariæ, t. I, § 26, nª 8; Aubry e Rau, t. I, § 26, nª 7.

data del decreto emanato dal Corpo legislativo; e nei dieci giorni che dovevano trascorrere prima che seguisse la promulgazione, la notizia della legge circolava in tutte le parti, ed avea tempo a diffondersi abbastanza perchè, aggiuntivi i termini stabiliti in ragione delle distanze, si potesse ragionevolmente presumerla estesa in tutto lo Stato. D'altra parte nemmeno il giorno della promulgazione, dal quale decorrevano i termini per la obbligatorietà, poteva essere ignoto, essendo invariabilmente il decimo dalla data del decreto del Corpo legislativo.

Ma questo stato di cose fu cangiato per la *Carta* del 1814; la quale ripristinò la *sanzione* delle leggi, attribuendola al Re. L'art. 22 di quella Carta diceva infatti: " Il Re solo sanziona e promulga le leggi „; senza però dichiarare in che cosa la *promulgazione* dovesse consistere.

Ne nacquero dubbi, e differenze d'opinioni: reputando alcuni che la promulgazione dovesse riguardarsi come risultante dalla sanzione, perciocchè di fatto l'una e l'altra avevano luogo con un solo e medesimo atto, mentre altri pensavano non risultare la promulgazione che dalla inserzione della legge nel *Bollettino ufficiale* e dall'arrivo del Bollettino stesso nel capoluogo di dipartimento; concetto, quest'ultimo, in cui veramente venivasi a confondere la promulgazione colla pubblicazione, e che nondimeno fu preferito nella Ordinanza reale del 27 novembre 1816, diretta a toglier di mezzo le questioni preaccennate. Questa Ordinanza stabiliva nell'art. 1° che " per " l'avvenire *la promulgazione delle leggi risulterebbe dalla* " *loro inserzione nel Bollettino ufficiale* „; e negli art. 2° e 3° che " tale promulgazione si reputerebbe conosciuta, " in conformità dell'art. 1° del Codice civile, un giorno " dopo che il Bollettino delle leggi fosse stato trasmesso " dalla Stamperia nazionale al Ministero della giustizia, " il quale farebbe constare sovra apposito registro del " giorno del ricevimento „, e per gli altri dipartimenti

dovrebbesi aumentare il termine secondo le distanze, a norma dello stesso art. 1° Codice civile; nell'art. 4°, che nei casi e luoghi in cui si giudicasse conveniente d'affrettare l'esecuzione delle leggi, esse sarebbero pubblicate ed esecutorie dal giorno in cui fossero pervenute al Prefetto, il quale ne constaterebbe il ricevimento sovra apposito registro.

Tutto questo però, se attenuava gl'inconvenienti lamentati prima, non li rimuoveva del tutto. L'inserzione nel *Bollettino ufficiale*, da forma meramente secondaria, e per nulla influente sulla forza obbligatoria delle leggi, come era anteriormente, era divenuta invece essenziale per costituire la prova legale dell'avvenuta *promulgazione*. Prima, non avendo la Carta imposto alcun termine al Re per sanzionare e promulgare le leggi, non essendovi quindi più — come vi era per la Costituzione dell'anno VIII, vigente al tempo della pubblicazione del Codice civile — un giorno fisso in cui le leggi dovessero essere promulgate, era possibile che i cittadini si trovassero obbligati da una legge già entrata in vigore senzachè essi avessero potuto saperlo.

Colla nuova Ordinanza, quest'assurdità era rimossa; poichè almeno la promulgazione delle leggi si manifestava mediante l'inserzione nel Bollettino, di cui potevasi aver conoscenza; e i termini, dopo i quali soltanto le leggi divenivano obbligatorie, non decorrevano che dal giorno nel quale il Bollettino contenente l'inserzione di esse fosse stato ricevuto dal ministro di giustizia. Ma come mezzo di pubblicazione qual valore poteva avere la sola inserzione delle leggi in un Bollettino, che se era conosciuto dai magistrati e funzionari pubblici, non arrivava certo alle mani che di pochi tra i privati? Oltre a ciò, il punto di decorrenza dei termini, compiuti i quali la legge diveniva obbligatoria, era fissato da un atto la cui data poteva rimanere, e rimaneva di fatto occulta alla grandissima maggioranza, quale era la trasmissione del *Bollettino uf-*

ficiale dalla Stamperia nazionale al Ministro di giustizia. Chi sapeva il giorno in cui il numero del Bollettino contenente l'inserzione d'una data legge fosse stato ricevuto dal Ministro? Nessun altro forse — osservava il Merlin — fuori del commesso che teneva il registro in cui quel giorno era notato. Eppure importa sommamente a tutti i cittadini di poter sapere facilmente e con certezza il giorno preciso in cui una legge divenga obbligatoria, e quindi, se l'obbligatorietà di essa si faccia dipendere dal decorso di un certo termine, conoscere agevolmente e sicuramente il punto di decorrenza del termine stesso. A ciò si pose rimedio in pratica coll'indicare alla fine di ciascun numero del Bollettino, immediatamente al disopra della firma del Ministro di giustizia, la data di ricevimento. Tuttavia l'ordinamento in sè, per quanto riguardava la pubblicazione delle leggi, non cessava d'essere difettoso.

Nelle provincie d'Italia, secondo le legislazioni che vi ebbero vigore prima dell'unificazione, le forme adottate per la pubblicazione delle leggi erano varie.

Il Codice austriaco non aveva disposizioni apposite, e le formalità della pubblicazione erano determinate dall'uso o da regolamenti amministrativi. Ordinariamente la pubblicazione era ritenuta necessaria in ogni capoluogo di Comune.

Il Codice pel regno delle Due Sicilie nelle *Disposizioni preliminari*, intitolate — Della *pubblicazione*, degli effetti e dell'applicazione delle leggi in generale — dichiarava nell'art. 1° che " le leggi obbligano in tutto il territorio del regno in " forza della *promulgazione* fattane dal Re, e dal momento " in cui la promulgazione è legalmente a notizia di ciaschedun Comune „ assumendo la parola *promulgazione* come sinonimo di pubblicazione; ma nulla poi stabiliva intorno alle forme della pubblicazione stessa.

Negli Stati parmensi le disposizioni dell'art. 1° del Codice relative alla *promulgazione* delle leggi — presa anche qui la parola *promulgazione* nel medesimo senso di *pubbli-*

cazione — erano state modificate con decreto sovrano del 9 marzo 1854. Ivi era stabilito che tale promulgazione dovesse farsi " nella piazza principale di Parma, premesso il " *suono della tromba*, dal pubblico banditore, il quale alla " continua presenza d'un ufficiale amministrativo, a ciò " deputato dal Podestà (sindaco) con apposito atto, ne " darà *lettura al popolo*, e ne farà immediatamente l'*af-* " *fissione in stampa* „.

L'ufficiale amministrativo assistente doveva, nel luogo stesso in cui era stata fatta la pubblicazione, compilarne una relazione sovra doppio registro, ed a questa relazione dovevasi immediatamente apporre il *visto* dal *Podestà*. Ciò costituiva la prova legale della promulgazione eseguita. Uno dei doppi del registro, con un esemplare di ciascuna legge, doveva in fin d'anno essere depositato nell'archivio comunale, l'altro nell'archivio di Stato.

Nei capoluoghi degli altri Comuni, si affiggevano esemplari a stampa di ciascuna legge, appiè dei quali doveva essere aggiunta la menzione del giorno in cui la legge era stata promulgata nella città capitale.

Secondo il Codice Albertino (art. 8 e 9). " La pubbli- " cazione si faceva per esemplari affissi a diligenza degli " Intendenti delle provincie „ nei capoluoghi di residenza di ciascuna amministrazione civica o comunale.

" Le relazioni delle pubblicazioni venivano trasmesse " immediatamente per mezzo degl'Intendenti agli Avvocati " e Procuratori generali, che le consegnavano poi negli " archivi dei Senati e della Camera dei conti.

" Gli originali delle leggi erano consegnati al Regio ar- " chivio di Corte „. A tali disposizioni però ne furono sostituite altre colla legge già citata del 23 giugno 1854, delle quali avremo a far menzione più innanzi.

Il Codice estense (art. 1) si riferiva, quanto ai modi di pubblicazione delle leggi, ad un regolamento speciale.

Quando la Commissione incaricata di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del nuovo

Codice civile pel regno d'Italia, discusse il progetto formulato dalla sotto-commissione per un *titolo preliminare dei Codici*, intorno al primo articolo, riguardante la pubblicazione delle leggi, sorse qualche disputa; reputandosi da qualcuno che convenisse limitarsi a proclamare il principio del non poter essere obbligatoria la legge, se non quando sia pubblicata, rimettendo tutto ciò che concerne le forme della pubblicazione alla legge speciale, giacchè si trattava " di materia politica e regolamentaria, " la quale non ha la stabilità che devono avere i Codici, " e può cambiare secondo le circostanze e secondo l'og- " getto delle leggi „ ; mentre altri disapprovava la proposta disposizione per un motivo opposto, perchè, cioè, fosse troppo limitata, e non si riportassero nel titolo preliminare, di cui si discuteva, tutte le altre disposizioni della legge 23 giugno 1854, e di quella sulla intitolazione degli atti ufficiali 21 aprile 1861 — " formando tutte " queste varie prescrizioni un sol tutto, che sarebbe bene " di vedere riunite nella stessa sede, e rese obbligatorie in " ogni parte del regno „.

A tali obbiezioni fu risposto, quanto alla prima, che l'articolo di cui si trattava era desunto dalla legge del 23 giugno 1854, la quale non essendo stata pubblicata in tutte le provincie del regno, vi era ancora tra esse una disparità sopra un punto così importante come quello del tempo in cui le leggi cominciano a diventare obbligatorie, ond'era necessario riparare a tale inconveniente; e quanto alla seconda, che le altre disposizioni della legge del 1854 appartenevano alle materie costituzionali, od alle materie regolamentari, e che la legge del 1861 essendo già attivata in tutto il regno, non era il caso di rifonderne le disposizioni in quelle da premettersi al Codice civile. Dopo ciò fu approvata a grandissima maggioranza la proposta di mantenere l'articolo 1° del progetto, che divenne — salvo qualche lieve differenza di forma — l'articolo 1° delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed appli-

cazione delle leggi in generale, premesse al Codice civile italiano (1).

Questi cenni chiariscono abbastanza gl'intendimenti del nostro legislatore nel surricordato articolo. Si volle che con una disposizione, la quale avesse, come fu detto, tutta la stabilità che dev'essere propria dei Codici, fosse determinato il tempo in cui ciascuna legge pubblicata divenisse obbligatoria uniformemente in tutto il regno, e si volle definire di quali elementi essenziali dovesse costituirsi l'atto della pubblicazione; lasciando poi alla legge speciale — le cui disposizioni possono essere mutabili secondo le circostanze, e secondo anche l'oggetto particolare di ciascuna legge da pubblicarsi — di prescrivere le norme da osservarsi nell'adempiere l'atto della pubblicazione, perchè ciò è semplicemente *regolamentare;* come alla stessa legge speciale lasciavasi la determinazione di ciò che riguarda la *promulgazione,* perchè ciò appartiene alla *materia costituzionale.* Così avvenne che solo negli accennati due punti, degli elementi essenziali costituenti l'atto della pubblicazione delle leggi, e del tempo in cui esse divengono obbligatorie, si derogasse coll'art. 1° delle disposizioni generali premesse al Codice civile, a quelle che erano contenute nella legge del 23 giugno 1854; rimanendo essa in tutte le altre sue parti in pieno vigore, come vi è tuttavia. E veramente nei due punti predetti furono fatte alla legge del 1854 importanti innovazioni. Importantissima è quella riguardante il tempo in cui le leggi pubblicate entrano in vigore; e di ciò avremo a tenere discorso appresso in sede più opportuna. Restringendoci ora all'argomento di cui ci occupiamo, cioè all'atto della pubblicazione, è vero però che anche relativamente ad esso fu fatta qualche novità, la quale, se non per gli effetti, ha la sua importanza per l'esattezza dei principii.

---

(1) V. *Processi verbali*, n. 51, pag. 607, 608.

L'art. 4 della legge 23 giugno 1854 diceva: " Le leggi
" promulgate saranno immediatamente inserte nella Rac-
" colta degli atti del Governo. Esse saranno senz'altro os-
" servate in tutti gli Stati di terraferma il decimo giorno,
" e nelle isole di Sardegna e di Capraia il decimo quinto
" giorno dopo la loro inserzione, salvo che nella legge pro-
" mulgata sia altrimenti disposto „.

L'art. 5 poi, nel secondo paragrafo, soggiungeva: " La
" detta inserzione, per l'effetto contemplato dall'articolo
" precedente, *prenderà data* dal giorno in cui il giornale
" ufficiale del regno, per cura del guardasigilli, ne darà
" ufficialmente avviso, coll'indicazione del numero progres-
" sivo della Raccolta nella quale la legge promulgata sarà
" stata inserta „.

Evidentemente, da queste due disposizioni riunite fu desunta quella, che già riportammo nel numero precedente, e che forma il secondo paragrafo dell'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile. Tuttavia la legge del 1854 (art. 4°) faceva consistere veramente la pubblicazione nella *inserzione della legge promulgata nella Raccolta ufficiale* delle leggi e dei decreti. Era una imitazione dell'Ordinanza francese del 27 novembre 1816, la quale stabiliva parimente " *la promulgazione delle leggi risultare dalla loro inserzione* " *nel Bollettino ufficiale* „. Se non che quella Ordinanza — conformandosi pel resto al Codice Napoleone — fondava poi l'obbligatorietà delle leggi sulla semplice presunzione della notorietà loro, derivante dal compimento d'un termine, facendo però decorrere questo dal giorno in cui il Ministro della giustizia avesse ricevuto dalla Stamperia nazionale il *Bollettino* nel quale la legge fosse inserita. Il legislatore sardo non poteva dimenticare le censure giustamente fatte a questo sistema; e vi sostituì l'altro di far decorrere il termine per l'obbligatorietà delle leggi inserite nella Raccolta, non dal giorno in cui la stamperia reale avesse consegnato l'esemplare del foglio corrispondente al Guardasigilli, ma dal giorno in cui per ordine di lui il

giornale ufficiale del regno desse avviso del ricevimento di quel foglio, coll'indicazione del numero progressivo della Raccolta, sotto cui la legge si trovasse inserita.

Con tutto ciò l'atto della pubblicazione si faceva sempre consistere unicamente nella inserzione della legge nella Raccolta degli atti del Governo, quantunque poi fosse prescritto che affinchè tale inserzione *prendesse data* rimpetto a coloro che dovevano osservare la legge stessa, e facesse decorrere il termine per renderla obbligatoria, dovesse *darsene ufficialmente avviso nel Giornale ufficiale del regno, colla indicazione del numero progressivo della Raccolta predetta.*

Invece, secondo l'espressione testuale dell'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, *la pubblicazione consiste nella inserzione della legge nella Raccolta ufficiale delle leggi e decreti, e nell'annunzio di tale inserzione nella Gazzetta uffiziale del regno.* Ond'è chiaro — come già avvertimmo — che non meno della inserzione nella Raccolta, l'annunzio di essa nella *Gazzetta ufficiale* è un elemento essenziale a costituire la pubblicazione delle leggi; che solo dal compimento di amendue quelle parti può dirsi integrato l'atto di tale pubblicazione; e che perciò la decorrenza del termine stabilito nel § 1° del medesimo articolo per l'obbligatorietà delle leggi non può essere fissata fuorchè dalla data dell'annunzio portato dalla *Gazzetta ufficiale.*

Potrà osservarsi che lo stesso risultava pure dalle disposizioni della legge del 1854; poichè dichiarando essa che per l'effetto della decorrenza del termine a rendere obbligatoria una legge, la inserzione di questa non prendeva data che dal giorno in cui il giornale ufficiale del Regno ne desse l'annunzio, riusciva evidente come fino a quel giorno la pubblicazione eseguita mediante l'inserzione nella raccolta fosse imperfetta per gli effetti legali, dal momento che si reputava mancante di data atta a far decorrere i termini per la obbligatorietà. Ma non è men vero per ciò, che la legge del 1854 indicando come unico mezzo di pubblicazione la inserzione delle leggi nella

raccolta, e solo soggiungendo che tale inserzione *non potesse prender data* per gli effetti della obbligatorietà della legge, se non dal giorno in cui ne fosse dato l'annunzio nella *Gazzetta ufficiale*, era meno esatta della disposizione attuale, che considera questo annunzio come complemento della inserzione a cui si riferisce, e l'uno e l'altra come elementi essenziali, indispensabili a render perfetto l'atto della pubblicazione. E tanto più ci sembra preferibile la disposizione attuale, in quanto che i caratteri distintivi dell'atto di pubblicazione, diretto a portare a notizia di tutti le leggi promulgate dal Re, si riscontrano meglio nell'annunzio dato dalla *Gazzetta ufficiale*, che nella inserzione della legge nella raccolta, sebbene autenticata dall'atto con cui il guardasigilli faccia constare nell'apposito registro il ricevimento del foglio della raccolta, nel quale la legge è stata inserita. Era infatti, come già osservammo, giustamente censurato il sistema francese per ciò, che facesse consistere l'atto della pubblicazione nella inserzione della legge nel *Bollettino*, e nel ricevimento del foglio corrispondente nel Ministero della giustizia; fatti questi che potevano rimanere completamente ignoti al pubblico. Ma un simile rimprovero non può farsi alla legge nostra, la quale non considera come perfetto l'atto della pubblicazione, se non per un fatto di vera pubblicità, quale è l'annunzio dato nella *Gazzetta ufficiale* del Regno, che comparisce quotidianamente, dell'avvenuta inserzione di ciascuna legge nella *Raccolta ufficiale*, colla indicazione altresì del corrispondente numero progressivo della *Raccolta* stessa. Aggiungasi, che di fatto viene ordinariamente riferito nella *Gazzetta* medesima il testo intiero della legge, di cui viene annunziata la inserzione nella *Raccolta;* quantunque, secondo l'art. 1 delle disposizioni premesse al Codice civile, e l'art. 6 della legge 23 giugno 1854, non sia richiesto che il semplice *avviso della inserzione nella Raccolta, coll'indicazione del numero corrispondente.*

Di codesto modo di pubblicazione avea già dato esempio la legge Belga del 28 febbraio 1845, colla differenza, però, che quella prescriveva (articolo 2), ogni legge, immediatamente dopo promulgata, dover essere inserita nel *Monitore*, giornale ufficiale, e divenire obbligatoria nel decimo giorno dopo quello della inserzione nel detto giornale. Così la pubblicazione si faceva consistere unicamente nella *inserzione nel Monitore*. Nel nostro sistema essendosi ordinato che ogni legge promulgata dal Re debba prima essere inserita nella *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti*, e l'adempimento di questa formalità si renda poi pubblico mediante l'avviso datone nella *Gazzetta ufficiale*, si è guarentita meglio l'autenticità delle leggi così pubblicate.

Oltre a quanto finora abbiam detto, e che è da riguardarsi come essenziale per la pubblicazione delle leggi, e quindi per la loro obbligatorietà, è sempre osservabile la disposizione contenuta nell'ultimo paragrafo dell'art. 4 della legge 23 giugno 1854, ov'è detto: " Il Governo " provvederà tuttavia acciò si continui ad affiggere pub- " blicamente in tutti i capiluoghi di Comuni un esemplare " della legge „; ciò che è in accordo coll'articolo 103 della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865, che dichiara incaricato il sindaco, quale ufficiale del Governo, " *della pubblicazione delle leggi*, degli ordini e dei mani- " festi governativi „. Ma questa ulteriore formalità, che è bene sia adempita per agevolare e diffondere quanto più sia possibile la cognizione delle leggi, non è però necessaria per la obbligatorietà di esse; la quale dipende unicamente dalla pubblicazione costituita dai due elementi essenziali stabiliti nell'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, e dal trascorrimento del termine indicato nell'articolo stesso (1).

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Roma, 18 agosto 1876 (*Ann. di giurispr.*, XII, I, 166).

Abbiamo ripetutamente notato che pel tenore espresso del citato articolo, la inserzione nella *Raccolta ufficiale delle leggi,* e l'annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale* del Regno, sono due parti integranti ed ugualmente essenziali dell'atto di pubblicazione delle leggi, e che perciò la mancanza dell'una o dell'altra di quelle parti renderebbe giuridicamente inesistente la pubblicazione, sicchè non potrebbe farsi luogo alla decorrenza del termine di quindici giorni, nè alla conseguente obbligatorietà della legge. Così la pubblicazione nella gazzetta, d'una legge che non fosse stata precedentemente inserita nella *Raccolta ufficiale,* non avrebbe alcuna efficacia per attivarne l'obbligatorietà; nè lo stesso annunzio della inserzione, che fosse stato erroneamente dato nella gazzetta, basterebbe per produrre una tale obbligatorietà, qualora si provasse che la inserzione non fosse realmente stata eseguita. E parimente la sola inserzione nella *Raccolta,* senza l'annunzio corrispondente nella gazzetta, non potrebbe far decorrere il termine dei quindici giorni, salvo il cominciar questo a contarsi dal giorno in cui mediante tale annunzio venisse completata la pubblicazione della legge.

Un'altra conseguenza importante del medesimo principio è ancora questa; che qualora una legge conceda un termine per poter compiere utilmente un dato atto, od esercitare una determinata azione, facendo decorrere un tal termine *dal giorno della pubblicazione* di quella legge — come se ne hanno non infrequenti esempi — quel termine non avrà a contarsi dal giorno della inserzione della legge nella *Raccolta ufficiale,* ma solo dal giorno in cui per l'annunzio di tale inserzione dato nella *Gazzetta ufficiale,* l'atto della pubblicazione sia divenuto perfetto. Su ciò non sarebbe possibile muover questione. Solo potrebbe, secondo i casi, farsi luogo al dubbio, se giusta lo spirito di una data legge il termine da essa prefisso per l'esercizio d'una certa facoltà o d'una determinata

azione dovesse computarsi veramente dal giorno stesso in cui l'atto della pubblicazione fosse divenuto perfetto pel concorso dei due elementi stabiliti nel secondo paragrafo dell'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile; o se piuttosto quel termine dovesse computarsi dal giorno in cui non solo fosse compiuta legalmente la pubblicazione della legge, ma questa fosse inoltre già divenuta obbligatoria pel trascorrimento del tempo stabilito nel paragrafo primo del medesimo articolo. Intorno a che avremo appresso occasione di manifestare le idee che ci sembrerebbero più appropriate alla risoluzione del quesito.

Intanto però avvertiamo, come ci sembri che ciò che è posto fuori di dubbio dalla disposizione attuale del ricordato articolo primo, sarebbe invece rimasto disputabile secondo gli articoli 4 e 5 della legge 23 giugno 1854, talchè anche questo crediamo doversi contare fra i meriti delle innovazioni apportate a quella legge. Essa invero faceva consistere l'atto della pubblicazione unicamente nella inserzione della legge nella Raccolta degli atti del Governo, solo soggiungendo, che la detta inserzione *per l'effetto contemplato dall'articolo precedente* — cioè per lo effetto di divenire obbligatoria la legge promulgata, nel decimo o nel decimoquinto giorno dopo la sua inserzione — *prenderebbe data* dal giorno in cui il giornale ufficiale del Regno, per cura del Guardasigilli, ne desse ufficialmente avviso, colla indicazione del numero progressivo della *Raccolta* in cui la legge promulgata fosse stata inserita.

Supposto pertanto che una data legge avesse stabilito un termine per poter esercitare utilmente una facoltà od un'azione da essa conceduta, ed avesse ordinata la decorrenza di quel termine *dal giorno della pubblicazione* propria, avrebbe potuto porsi in questione se come *giorno della pubblicazione* dovesse considerarsi quello in cui la legge fosse stata inserita nella Raccolta, e risultante dalla menzione fattane sui registri tenuti nel Ministero di Grazia e Giustizia, o quello dall'avviso di tale inserzione, dato

nel Giornale ufficiale del Regno. Nè la prima di queste opinioni avrebbe potuto dirsi destituita di fondamento; poichè da una parte la pubblicazione si faceva consistere unicamente nella inserzione delle leggi nella Raccolta; e dall'altra, se si era prescritto che la detta inserzione *prendesse data* dall'avviso che ne apparisse nel giornale ufficiale, ciò però si era limitato espressamente *per l'effetto della decorrenza del termine a rendere obbligatoria la legge*. Ora, nel supposto caso non trattandosi di chi dovesse osservare un precetto od una proibizione della legge, sibbene di chi volesse approfittare d'una facoltà da essa conceduta, ma limitata ad un determinato tempo, potevasi anche giustificare una interpretazione più rigorosa della disposizione di legge, che fissasse quel tempo, facendolo decorrere, secondo la lettera della legge stessa, dal giorno in cui l'atto della pubblicazione fosse divenuto perfetto, anzichè da quello dal quale si computasse il termine per la obbligatorietà.

L'aver tolto anche questo dubbio è pertanto, come dicevamo, un merito, che dev'essere riconosciuto alla disposizione attuale.

51. Fu un concetto espresso nella discussione del Codice francese davanti al Consiglio di Stato, fu accettato come massima incontroversa nella dottrina, e lo troviamo ripetuto ancora in qualche decisione di Tribunali nostri, che *la pubblicazione, più che di far conoscere le leggi, ha per oggetto di prefiggere il tempo in cui si presumerà legalmente che siano conosciute*. Dal che poi gli autori ricavavano una distinzione, che non di rado vediamo pure riprodotta presso noi, tra la *pubblicazione legale*, e la *pubblicazione di fatto;* dicendosi che la prima *determina il momento in cui la legge si reputa conosciuta*, e facendosi consistere la seconda nella *pubblicità che è data alla legge* (1).

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 16, pag. 57.

Ora, sembra a noi che la proposizione e la distinzione suddette, peccanti per sè medesime di qualche inesattezza in teoria, se nondimeno potevano giustificarsi in diritto costituito, secondo le disposizioni del Codice Napoleone, siano poi affatto inaccettabili nel diritto nostro.

La determinazione del tempo in cui la legge promulgata si reputerà conosciuta forma oggetto della disposizione, che stabilisce codesta presunzione legale di notorietà dopo trascorso un certo termine dalla pubblicazione. Ma ciò rende evidente la impossibilità di considerare la prefissione di questo termine come costituente la pubblicazione stessa; la quale non può essere altro che il punto di partenza da cui il termine predetto si computa. La pubblicazione — secondo il significato naturale della parola — è l'atto del pubblicare, epperò suppone un mezzo di fatto con cui si ponga la legge promulgata in condizione di poter divenire nota a tutti; nè dunque si può confonderla colla determinazione del tempo in cui la legge diverrà obbligatoria, nè colla presunzione di notorietà della legge, da cui l'obbligatorietà di essa si fa dipendere. Il Codice Napoleone non prescriveva come essenziale per l'efficacia obbligatoria delle leggi nessun mezzo reale di pubblicazione. Era ordinata bensì la inserzione delle leggi nel *Bollettino ufficiale* e l'invio di questo bollettino ai dipartimenti; ma l'inadempimento di tale formalità non impediva che le leggi promulgate acquistassero piena forza obbligatoria dopo il decorso di un certo tempo dalla promulgazione, cioè dal giorno in cui il Capo del Governo avesse apposta la propria firma all'ordine di esecuzione della legge. In questo sistema quindi potevasi intendere come si affermasse che *la pubblicazione avesse per oggetto la determinazione del tempo, dopo cui la legge si reputerebbe conosciuta,* perchè solo dal trascorrimento di quel tempo facevasi dipendere la diffusione della notizia della legge, solo su di esso fondavasi la presunzione legale della notorietà effettiva della legge medesima. Ma nel diritto nostro

è ben altrimenti. Si è reso essenziale un mezzo effettivo di vera pubblicazione, consistente non tanto nella *inserzione della legge nella Raccolta ufficiale* delle leggi e decreti, quanto nell'*annunzio di tale inserzione nella gazzetta ufficiale del regno;* e nel concorso di questi due *elementi di fatto,* l'articolo 1, § 2 delle disposizioni premesse al Codice civile dichiara *consistere la pubblicazione.* Il § 1° del medesimo articolo stabilisce separatamnete quale sia il tempo in cui *le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie,* ordinando che ciò avvenga *nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione.* È dunque in opposizione al testo espresso ed è assurdo il dire che *la pubblicazione abbia per oggetto di fissare il tempo in cui la legge si avrà per conosciuta:* contrario al testo, perchè esso fa invece consistere la pubblicazione nei due fatti d'inserire la legge nella raccolta, e di dare nella *Gazzetta ufficiale* l'annunzio di tale inserzione, e con una disposizione separata prefigge il tempo in cui presumendosi la notorietà della legge, questa diverrà obbligatoria; assurdo, perchè determinandosi nel decimoquinto giorno *dopo quello della pubblicazione* il tempo in cui la legge si reputerà conosciuta da tutti, è manifestamente inammissibile che la pubblicazione si confonda con quel decorso di tempo, che non incomincia se non dopo di essa.

È del pari erronea in teoria la distinzione tra *pubblicazione legale* e *pubblicazione di fatto,* nel senso in cui vedemmo insegnarsi quella distinzione dalla dottrina francese. La pubblicazione *è essenzialmente di fatto,* poichè consiste nell'attuazione dei mezzi diretti a portare a conoscenza generale dei cittadini la legge promulgata. È solo relativamente alla *notorietà,* conseguenza della pubblicazione, che può rettamente distinguersi il diritto dal fatto; perchè altro è che la notorietà si presuma legalmente, concorrendo determinati estremi, altro è che in fatto veramente sussista. Anche rispetto alla pubblicazione potrà ammettersi, se si vuole, quella distinzione, ma in un senso

diverso; in quanto cioè non basta, perchè la legge divenga obbligatoria, che essa sia stata realmente pubblicata, ma dev'esserla stata con quei mezzi che sono prescritti come essenziali (1). Così, se presso noi fossero stati affissi pubblicamente gli esemplari d'una legge in tutti i capiluoghi di Comune — come è ordinato nell'art. 4, § 2 della legge 23 giugno 1854 — senzachè però quella legge fosse stata inserita nella Raccolta ufficiale, o senzachè fosse stato dato l'annunzio di tale inserzione nella Gazzetta ufficiale del Regno, si avrebbe una *pubblicazione di fatto*, ma mancherebbe la *pubblicazione legale*, perchè sarebbesi messo in atto un mezzo di pubblicità indicato come secondario, omettendo quello che è richiesto come essenziale.

Con tutto ciò, in un Codice come il Napoleonico, secondo il quale le leggi divenivano obbligatorie, indipendentemente da qualsiasi fatto di vera pubblicazione, pel solo decorso d'un termine dal giorno della promulgazione, si spiegava facilmente come nella prefissione di questo tempo si facesse consistere la *pubblicazione legale;* contrapponendovi la *pubblicazione di fatto*, considerata come consistente nella pubblicità data effettivamente alla legge mediante l'inserzione nel *Bollettino* e l'invio di queste ai dipartimenti.

Ma può ammettersi una simile distinzione nel diritto nostro? Per noi la pubblicazione è definita nell'art. 1°, § 2 delle disposizioni premesse al Codice; e consiste essenzialmente nella inserzione della legge nella Raccolta ufficiale, e nell'annunzio di tale inserzione dato nella *Gazzetta Ufficiale* del Regno. Sono due *fatti* questi, dei quali si richiede l'adempimento, e senza il cui concorso non può esistere giuridicamente la pubblicazione delle leggi. La *pubblicazione legale* è dunque prima di tutto una *pubblicazione di fatto*. Questa pubblicazione, seguìta dal decorso di un termine stabilito dal legislatore, fa poi luogo alla

(1) V. Saredo, op. cit., vol. I, n. 87.

presunzione che la legge sia generalmente conosciuta, ed allora essa diviene obbligatoria; ma ciò riguarda la *notorietà* e l'*obbligatorietà*, non la pubblicazione delle leggi.

Abbiamo insistito in queste idee, che forse potranno sembrare troppo facili perchè vi fosse il bisogno di svolgerne la dimostrazione, troppo astratte per poter avere interesse pratico. Ma poichè, come abbiamo ricordato, vi furono sentenze di Corti nostre che riprodussero, seguendo la dottrina francese, quella distinzione, che nel diritto nostro non ci sembra ammissibile, e ne fecero base alla risoluzione di punti controversi sottoposti alla loro decisione (1), pensiamo che non sia stato soverchio l'occuparcene estesamente. D'altronde nella scienza del diritto troppa è la parte che spetta all'esattezza delle idee, e troppo se ne rivela ad ogni passo la importanza nelle applicazioni pratiche, perchè possa reputarsi superfluo l'adoperarsi a combattere quelle che sembrino erronee.

52. Per la medesima riflessione fatta ora, stimiamo non inopportuno il raffermare parimente un altro punto già accennato superiormente, sebbene anch'esso sia di tale evidenza da non ammettere dubbiezza alcuna; il principio, cioè, che nessuna legge possa mai ritenersi avere acquistata forza obbligatoria prima che ne sia stata fatta la pubblicazione nei modi legittimi, e sia trascorso il tempo dopo il quale soltanto è stabilita la presunzione legale che la legge promulgata e pubblicata abbia potuto essere conosciuta da tutti coloro che devono osservarla.

In ciò appunto — come già notammo — consiste il carattere distintivo della *esecutorietà* e della *obbligatorietà* delle leggi; che la esecutorietà deriva unicamente dalla promulgazione, cioè dall'ordine di esecuzione della legge,

(1) V. Sentenza della Corte d'appello di Genova, 22 luglio 1878 (*Giuris. It.*, vol. XXX, P. I, § 2, n. 720).

emanato dal Capo supremo dello Stato, in cui risiede il potere esecutivo, dato il qual ordine nelle forme prescritte, la legge ha in sè quanto occorre per potere e dover essere eseguita; mentre l'obbligatorietà riferendosi essenzialmente alle persone, per le quali la legge è fatta, e che debbono osservarla, presuppone di necessità ch'esse possano averla conosciuta; epperò dipende indispensabilmente dalla *pubblicazione*, diretta a procurare questa conoscenza generale della legge, e dalla *notorietà*, se non altro presunta, che si verifica allorchè sia trascorso un certo tempo dopo quella pubblicazione.

Alcuni giureconsulti moderni cercarono nel diritto romano un testo che consacrasse espressamente la massima non poter divenire obbligatoria una legge se non dal momento in cui sia stata pubblicata, acciocchè chi deve osservarla possa conoscerla; e citarono la L. 9, Cod. *De legibus et constit. princ. et edict.*, dov'è detto: “ Leges sa-“ cratissimae, quae constringunt hominum vitas, *intelligi* “ *ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manife-* “ *stius cognito*, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur ”. Sembra però, che con queste parole, anzichè proclamare l'accennata massima, gl'imperatori intendessero soltanto di ricordare la necessità della chiarezza nelle leggi; ciò che reputiamo rendersi manifesto dalla rimanente parte di quel testo, nel quale, dopo il riferito preambolo, si parla della interpretazione autentica, e si dichiara non potersi che dal legislatore stesso moderare il rigore che si riscontri soverchio in talune disposizioni. Il testo, infatti, prosegue immediatamente così: “ *Si quid vero in* “ *iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit*, oportet id “ ab Imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque “ legum nostrae humanitati incongruam emendari ”. Questa seconda parte chiarisce la prima, colla quale mancherebbe di qualunque nesso se quella contenesse semplicemente la massima che nessuna legge possa divenire obbligatoria, se non sia pubblicata.

Non è perciò che tale principio non fosse espressamente riconosciuto nei testi di diritto romano; e nelle Novelle Giustinianee s'incontra spesso l'ordine esplicitamente dato della loro pubblicazione, affinchè tutti le conoscessero e dovessero uniformarvisi. Anzi in qualcuna di esse era pure prefisso un termine, decorribile dalla pubblicazione, dopo il quale soltanto cominciasse ad essere obbligatoria (*Nov. Const.*, 66, cap. I). Dal che alcuni autori vollero trarre argomento per ritenere che in diritto romano le leggi non obbligassero, generalmente, se non dopo due mesi della loro pubblicazione. Per altro, non era quella che una disposizione limitata ad un caso speciale, come qualche altra stabiliva un termine diverso; mentre però la regola generale era, che le leggi acquistassero forza obbligatoria dal giorno della loro promulgazione (1).

Del resto, non basta che una legge sia stata portata di fatto a notizia generale, se non ne sia stata eseguita la pubblicazione in quei modi legittimi che all'uopo sono prescritti: in altri termini, non è sufficiente una *pubblicazione di fatto*, ma richiedesi una *pubblicazione legale*, secondo il senso che attribuimmo nel numero precedente a questa distinzione. La *presunzione legale di notorietà* della legge, che la fa divenire obbligatoria, non potrebbe sorgere infatti che *dai mezzi legali di pubblicazione*. Ciò d'altronde costituisce una importante guarentigia pei cittadini; perciocchè, qualora l'obbligatorietà effettiva delle leggi avesse a dipendere dall'essersi verificati in fatto tali mezzi di pubblicità da potersi dedurre *per presunzione dell'uomo* una notorietà sufficiente per tutti, è manifesto che il ritenere le persone vincolate da un determinato precetto o da una data proibizione, il renderle quindi responsabili d'avervi contravvenuto, e passibili delle relative conseguenze, rimarrebbe subordinato agli apprezzamenti individuali dei magistrati giudicanti, che ravvisassero come bastanti, o no,

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § V, n. I.

quei dati mezzi di pubblicità; ond'è che potrebbe ben anche, per diversità di giudizi, accadere che non tutti i cittadini fossero ugualmente retti dalle medesime leggi, ma, secondo le opinioni dei giudici, taluni fossero costretti all'osservanza di disposizioni, dalle quali altri fossero ritenuti esenti, riguardandoli invece come soggetti ad altri principii di diritto. Tanto meno poi potrebbe ammettersi l'applicabilità di una legge non ancora pubblicata, per coloro che ciò non ostante avessero individualmente avuta notizia della esistenza e della promulgazione di essa: perchè ciò produrrebbe anche più flagrante l'assurdo che le leggi non fossero obbligatorie ugualmente per tutti, ma a ciascuno fosse applicabile un diritto diverso, secondo la conoscenza o l'ignoranza in cui fosse di leggi non pubblicate nei modi legittimi.

Da tutto ciò risulta dunque quanto sia vera e quanto importante l'antica massima: *Lex non obligat, nisi rite promulgata.* La qual massima poteva avere più speciali conseguenze nell'applicarla, allorchè i mezzi di pubblicazione si facevano consistere nell'affiggere in determinati luoghi gli esemplari stampati delle leggi, nel darne lettura al pubblico col mezzo dei banditori, ed altre simili formalità; poichè, se avvenisse che in qualcuno dei punti stabiliti non si effettuasse tale pubblicazione, fosse poi per incuria di chi ne aveva l'incarico, o per qualunque altra causa, non potevasi assolutamente ammettere che in quel luogo la legge, di cui era stata omessa la pubblicazione, acquistasse forza di obbligare (1); sicchè poteva accadere che leggi diverse imperassero contemporaneamente in diversi luoghi, che pure avrebbero dovuto essere soggetti ad un diritto comune. Un tale inconveniente non può rinnovarsi presso noi, facendosi consistere la pubblicazione delle leggi, per tutto il Regno, nella loro inserzione nella *Raccolta ufficiale* delle leggi e dei decreti, e nell'annunzio

(1) V. Voet, *ad Pand.*, T. I, L. I, tit. III, n. 10.

di tale inserzione dato nella *Gazzetta ufficiale*. Tuttavia qualche cosa di simile ha potuto verificarsi nel comporsi ad unità il Regno d'Italia; poichè alcune delle leggi, che già vigevano nelle antiche provincie, non furono pubblicate in quelle di cui venivano facendosi le annessioni. In queste provincie riunite acquistarono, per sola virtù dell'annessione, forza obbligatoria le leggi pubblicate soltanto nelle provincie antiche? Proposto in questi termini il quesito, non sembra che vi sia ragione di esitar molto nel risolverlo. Il principio che nessuna legge possa divenire obbligatoria, se non sia stata pubblicata nei modi legittimi, è fondamentale ed assoluto, e costituisce una garanzia indispensabile di libertà; nessuno potendo esser costretto ad osservare precetti o proibizioni, e a rispondere delle trasgressioni di essi, fuorchè in dipendenza di leggi, che siano o possano almeno reputarsi conosciute come obbligatorie. Ora una disposizione, che sia già in vigore in una parte dello Stato, ma non sia stata estesa all'altra, ed in essa non sia stata attivata coi mezzi necessari, tra cui quello essenzialissimo della pubblicazione, non potrebbe reputarsi obbligatoria anche nella rimanente parte dello Stato, senza conculcare manifestamente quel principio intangibile. Ciò diciamo come principio generale, prescindendo dalla questione particolare, disputabile e dibattuta, ma che non sarebbe qui il luogo di discutere, se le leggi politiche e costituzionali di uno Stato prendano vigore nei paesi che vi siano riuniti, per solo effetto dell'annessione, indipendentemente da qualunque pubblicazione speciale. Nondimeno, anche in ordine alle altre leggi, vi è un aspetto particolare, sotto cui la questione può presentarsi, e che ha dato motivo a risolverla con un giudicato autorevolissimo, nel senso che talvolta debba ammettersi l'autorità di tali leggi anche in una determinata parte dello Stato, nella quale non siano di fatto state mai pubblicate. E ciò è quando siano state attivate posteriormente in tutto il Regno disposizioni legislative, le quali si riferiscano ad

una legge anteriore, pubblicata soltanto in alcune provincie, e di quella presuppongano l'esistenza. Basterà questo per dover considerare come estesa oramai virtualmente in forza di quelle nuove disposizioni la legge anteriore, anche a quelle provincie del Regno nelle quali non abbia mai avuta pubblicazione? Così fu ritenuto nella decisione che sopra ricordammo, e della quale riferiremo per maggior chiarezza le brevi considerazioni:

" La Corte d'appello — vi è detto — ha sconosciuto
" l'autorità della legge Casati nell'ex-ducato di Parma, sul
" riflesso che in quella regione non fu pubblicata. Ma è da
" porsi mente che l'attuazione della legge Casati nell'ex-du-
" cato di Parma non può revocarsi in dubbio *pei diversi atti*
" *legislativi e regolamenti pubblicati dopo l'annessione del du-*
" *cato al Piemonte, i quali hanno per un presupposto sostan-*
" *ziale l'obbligatorietà della legge Casati.* Di questa verità fan
" fede il decreto legislativo del luogotenente del Re, 20 ot-
" tobre 1860, la legge 23 giugno 1867, quella del 30 giu-
" gno 1872, e l'altra del 15 luglio 1877. Se per poco pas-
" sasse ad esempio la teorica accampata dall'impugnata
" sentenza, le leggi generali dello Stato sulle discipline ec-
" clesiastiche e sul pubblico insegnamento non dovrebbero
" esercitare il loro imperio nel territorio parmense „ (1).

La teorica, che la Corte suprema contrappone a quella della Corte d'appello, consiste dunque nel ritenere che la obbligatorietà d'una legge possa ottenersi indipendentemente dalla pubblicazione di essa in una determinata parte del Regno, qualora in *atti legislativi o regolamentari*, pubblicati dopo l'unificazione, *sia presupposta sostanzialmente quella obbligatorietà della legge anteriore*, non pubblicata che in alcune provincie.

Lasciamo da parte *i regolamenti;* chè parrebbe troppo difficile l'intendere come in questi fosse lecito al potere

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Roma, 18 luglio 1882 (*Legge*, XXII, II, S. III, p. 725).

esecutivo sostituirsi al legislativo nell'estendere l'obbligatorietà d'una legge a provincie per le quali essa non era fatta, e in cui non era stata mai attivata. Limitandoci all'ipotesi di *nuove leggi*, ammettiamo bensì che qualora in esse fosse stata dichiarata espressamente l'estensione a tutto il regno d'una legge precedentemente in vigore per alcune provincie soltanto, non potrebbe farvi ostacolo il difetto di pubblicazione nelle altre; non lo potrebbe, a fronte del potere illimitato spettante al legislatore; non lo potrebbe, anche perchè la legge anteriore non prendendo vigore, nelle provincie in cui non lo aveva, fuorchè insieme alla legge nuova, la pubblicazione di questa varrebbe anche per l'altra, talchè non sarebbe veramente derogato il principio: *Lex non obligat, nisi rite promulgata.* Qui però non si suppone *espressa*, ma *tacita* soltanto l'estensione data alla legge anteriore nelle provincie in cui non avea prima autorità; e affinchè si potesse invocare il principio, *eadem est vis taciti atque expressi*, sarebbe necessario che la nuova disposizione non potesse spiegarsi ed avere efficacia, se non ammettendo la intenzione del legislatore di estendere la legge precedente anche alle provincie nelle quali non era prima attivata. Ora è chiaro, che ammesso pure — come si è espressa la surriferita decisione — che la nuova legge generale *abbia per un presupposto sostanziale l'obbligatorietà della legge anteriore*, attivata già in una parte sola del regno, la nuova legge può nondimeno conservare efficacia, anche intendendo che siasi voluto eccettuarne quelle parti del regno in cui la legge precedente non aveva vigore. Vero è che in tal modo subirà una limitazione la massima, che le leggi debbano imperare egualmente in tutto lo Stato. Ma l'opinione opposta non fa essa pure eccezione all'altra massima, non meno fondamentale, secondo cui nessuna legge può divenire obbligatoria senza pubblicazione? Ora trattandosi d'interpretare la tacita volontà del legislatore, a noi pare assai più ragionevole il supporre ch'egli abbia inteso, dettando una legge nuova,

di limitarla a quelle parti dello Stato nelle quali sia in vigore una legge precedente, a cui la nuova sia connessa, e la presupponga, e ne dipenda, di quello che supporre invece che abbia voluto estendere anche alle altre parti dello Stato quella legge anteriore, che per esse non era stata fatta, e non vi era stata mai pubblicata; tanto più che se tale fosse stata la intenzione del legislatore, gli era assai facile esprimerla.

Inoltre l'affermazione che una nuova legge *abbia per un presupposto sostanziale l'obbligatorietà d'altra legge anteriore*, non è da accettarsi leggermente. È difficile invero che nessuna parte delle disposizioni dell'ultima legge possa avere applicabilità, se non in dipendenza da quelle dell'anteriore; e se ciò non si avveri, sarà conciliabile il dare efficacia generale alla nuova legge senza ritenere obbligatoria l'antica anche dove non fu pubblicata, col ritenere obbligatorie in tutto lo Stato quelle disposizioni della nuova legge che siano applicabili indipendentemente dalla legge anteriore, e limitate invece le altre alle parti dello Stato dove questa era stata attivata. In ogni caso, poi, anche ritenendo che la nuova legge, siccome imperante in tutto lo Stato, traesse con sè l'obbligatorietà generale di quelle particolari disposizioni dell'antica, che nella nuova fossero presupposte, non sarebbe però da dedursene logicamente che tutta l'antica legge divenisse obbligatoria nelle provincie in cui non fu pubblicata, anche per quelle disposizioni che non fossero necessarie per l'applicabilità della legge nuova.

D'altra parte è chiaro quanto pericolosa potrebb'essere questa dottrina, che riterrebbe l'obbligatorietà d'una legge non pubblicata, sul fondamento che tale obbligatorietà fosse *un presupposto sostanziale d'una legge posteriore*. Il trovare, o no, esistente questa *presupposizione sostanziale* dipenderebbe dai giudizi dei magistrati, il cui ufficio verrebbe così a sostituirsi a quello del legislatore, nello estendere a tutto lo Stato disposizioni dettate per una parte

sola di esso; e come quei giudizi potrebbero essere vari, così incerta ne diverrebbe la estensione d'applicabilità della legge, che in taluni casi potrebb'essere ritenuta osservabile per tutto lo Stato, in altri, per certe provincie soltanto; con quanta sicurezza dei diritti dei cittadini, con quanta conformità al carattere delle disposizioni legislative, non vi è bisogno di dimostrarlo.

Crediamo poi inutile il fermarci sull'ultima considerazione addotta nella sentenza della Corte suprema; parendoci che non sia altro fuorchè una troppo evidente petizione di principio.

Nel nostro modo di vedere, è assai più conforme ai principii di diritto la massima stabilita da un'altra Corte di cassazione, la quale ritenne che le disposizioni date " dal legislatore nel presupposto concetto d'un dato sistema, " già ordinato ed attuato in alcune delle provincie soggette " al suo impero, non possano mai dirsi violate nelle altre " provincie, fino a che quel sistema non venga anche in " esse introdotto, e non siano ai cittadini di queste somministrati i mezzi e i modi che sono indispensabili per " poterle legalmente adempiere " (1).

Nella specie formante oggetto di questa decisione trattavasi di stabilire se alcune disposizioni del Codice civile generale austriaco, vigente anche nel regno Lombardo-Veneto, le quali disposizioni *presupponevano il sistema tavolare* non attuato in quelle provincie, fossero da reputarsi applicabili nelle provincie stesse. E la Corte fiorentina giudicò rettamente, che non solo l'attivazione del Codice austriaco, per le disposizioni che conteneva *presupponenti il sistema tavolare* germanico, non aveva prodotto l'applicabilità delle norme relative nelle provincie Lombardo-Venete, dove questo sistema non era stato di fatto introdotto (ciò che del resto era ritenuto come incontrovertibile in quelle provincie, con-

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 28 novembre 1875 (*Giurispr. It.*, XXV, I, 807).

formemente anche alla notificazione governativa 16 marzo 1816, la quale disponeva che fino all'attivazione dei registri d'intavolazione dovessero continuare ad osservarsi in materia le regole della precedente legislazione); ma che anzi le disposizioni predette, quantunque facenti parte del Codice reso comune anche al Lombardo-Veneto, non erano in quelle parti dello Stato applicabili, perchè presupponevano un sistema dipendente da disposizioni ivi non pubblicate, sebbene attuate nelle altre parti dell'Impero. Vero è che a questa conclusione concorreva pure il riflesso che nel Lombardo-Veneto non solo non erano state promulgate mai le disposizioni legislative riguardanti il sistema tavolare, ma mancavano di fatto i registri corrispondenti, sicchè l'esecuzione di quelle disposizioni riusciva impossibile. Ad ogni modo, però, dalla decisione della Corte di cassazione di Firenze risulta chiaramente stabilita la massima, riferita infatti nelle raccolte, che: “ La promulgazione in una parte dello Stato di una legge che “ in alcune sue disposizioni si riferisca ad un ordine di cose “ istituito da altra legge, la quale non vi sia stata mai “ introdotta, sebbene sia in vigore in altre parti dello Stato “ medesimo, non basta a dare efficacia alla legge non promulgata, sebbene la esistenza di questa sia presupposta “ dall'altra „. E questa sembra a noi la dottrina vera, secondo i principii fondamentali del diritto.

53. Secondo le nozioni esposte nei numeri precedenti, l'*obbligatorietà* d'una legge ne presuppone la *notorietà*, della quale la *pubblicazione* non è che un mezzo; ed ancora un mezzo che da solo non sarebbe sufficiente, non potendosi ragionevolmente supporre che pel fatto solo della pubblicazione, qualunque ne sia la forma, una legge divenga immediatamente nota a tutti coloro che son tenuti ad osservarla ed applicarla. D'altra parte però, essendo naturalmente impossibile accertare la conoscenza individuale, che ciascuno abbia d'una determinata legge, a cui debba conformare le

proprie azioni, fu necessario ricorrere ad una *presunzione di notorietà;* la quale non potendo fondarsi, per la ragione ora detta, sul semplice fatto della pubblicazione, richiede quindi che dopo di questa sia trascorso un tempo sufficiente per supporre ragionevolmente che la notizia della legge siasi intanto abbastanza diffusa affinchè tutti abbian potuto e dovuto conoscerla, talchè chi la ignori debba imputarlo a propria colpa e subirne le conseguenze (1). Tali sono i principii seguìti dal nostro legislatore, e che lo ispirarono nel dettare l'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile; nel primo paragrafo del quale articolo è scritto infatti che: " Le leggi promulgate dal Re *divengono obbligatorie in* " *tutto il regno nel decimoquinto giorno dopo quello della loro* " *pubblicazione,* salvo che nella legge promulgata sia altri- " menti disposto ".

Il principio, che l'*obbligatorietà* d'ogni legge debba dipendere dalla *notorietà* di essa, era proclamato espressamente in alcuni dei Codici ch'ebbero vigore in Italia. Così l'art. 1° del Codice Napoleone dichiarava, che: " Le leggi *hanno ese-* " *cuzione* in tutto il territorio italiano *in forza della promul-* " *gazione* fatta dal Re.

" *Sono osservate* in qualunque parte del regno, *dal momento in cui può esserne conosciuta la promulgazione* ".

Si stabiliva così nettissimamente la distinzione tra l'*esecutorietà* e l'*obbligatorietà* delle leggi, nonchè la dipendenza della obbligatorietà dalla *notorietà* loro.

Nel terzo paragrafo del medesimo articolo si dimostrava poi come s'intendesse riferirsi, non ad una *notorietà di fatto,* ma *presunta* soltanto, e si stabilivano gli estremi da cui tale presunzione si faceva derivare: " La promulgazione " fatta dal Re *dovrà ritenersi conosciuta,* nel dipartimento " in cui risiederà il Governo, *un giorno dopo quello della* " *promulgazione;* ed in ciascuno degli altri dipartimenti, " dopo lo stesso termine, coll'aggiunta di altrettanti giorni,

(1) V. sopra, n. 46, 49, p. 167, 180.

“ di quante decine di miriametri sarà distante il capo-luogo
“ di ciaschedun dipartimento, dalla città dove sarà stata
“ fatta la promulgazione „.

Il Codice pel regno delle Due Sicilie, senza distinguere l'esecutorietà dalla obbligatorietà delle leggi, poneva il fondamento di quest'ultima nell'ordine emanato dalla volontà sovrana, ma nondimeno ne faceva dipendere l'attuazione dalla *notorietà presunta* della legge promulgata. Diceva infatti nell'art. 1°, che: “ Le leggi obbligano in tutto il
“ territorio del regno delle Due Sicilie *in forza della pro-*
“ *mulgazione fattane dal Re, e dal momento in cui la pro-*
“ *mulgazione è legalmente a notizia di ciaschedun Comune* „.
E proseguiva a stabilire quando questa *legale notizia* avesse da ritenersi verificata; cioè nel Comune in cui fosse stata fatta la promulgazione, *il dì seguente;* negli altri Comuni con diversi aumenti di termine, secondo i luoghi.

In altri di quei Codici, pur non esprimendosi il principio che l'obbligatorietà delle leggi dovesse dipendere dalla loro notorietà presunta, gli si rendeva però omaggio collo stabilire che le leggi promulgate non divenissero obbligatorie, se non dopo trascorso un termine dalla pubblicazione. Così negli Stati parmensi, mentre per l'art. 3° del Codice civile le leggi *obbligavano immediatamente dopo* la loro promulgazione nei quattro principali Comuni dei Ducati, ma negli altri obbligavano solamente tre giorni dopo la promulgazione stessa, per le modificazioni introdotte dal sovrano Decreto 9 marzo 1854 (art. 4): “ La
“ legge *diveniva obbligatoria in tutti i Comuni dello Stato otto*
“ *giorni dopo quello della sua promulgazione,* salvo che nella
“ legge fosse altrimenti disposto „.

Secondo l'art. 8 del Codice Albertino le leggi dovevano
“ avere esecuzione in ogni città e Comune dello Stato *nel*
“ *giorno che seguiva immediatamente quello in cui vi erano*
“ *state pubblicate,* salvo che nella legge fosse disposto altri-
“ menti „ e nel Codice Estense (art. 1°) fu ripetuta questa disposizione con identiche parole. Ma negli Stati Sardi la

legge del 23 giugno 1854 dispose poi: (art. 4) “ Le leggi “ promulgate saranno immediatamente inserte nella *Rac-* “ *colta* degli atti del Governo. Esse saranno senz'altro os- “ servate *in tutti gli Stati di terraferma il decimo giorno, e* “ *nelle isole di Sardegna e di Capraia il decimoquinto giorno* “ *dopo la loro inserzione*, salvo che nella legge promulgata “ sia altrimenti disposto „.

Solo il Codice austriaco imponeva la immediata obbligatorietà della legge, facendola dipendere dal semplice fatto della pubblicazione — le cui forme erano determinate dall'uso o da regolamenti amministrativi — senza richiedere altro che potesse dar fondamento ad una presunzione di notorietà; talchè pubblicazione della legge e notorietà presunta di essa venivano a confondersi, reputando il legislatore che ogni legge dovesse esser nota a tutti coloro, ch'eran tenuti ad osservarla e farla osservare, fin dal momento in cui veniva pubblicata.

Il paragrafo secondo di quel Codice diceva infatti: “ *Tosto* “ *che una legge è stata debitamente promulgata, nessuno può* “ *allegarne ignoranza a sua scusa* „.

E il successivo paragrafo 3° ribadiva il medesimo concetto con questa disposizione:

“ *L'efficacia della legge, e le conseguenze di diritto che ne* “ *derivano, incominciano immediatamente dopo la promulga-* “ *zione di essa*, a meno che la stessa legge promulgata “ non fissi un termine più rimoto, da cui debba inco- “ minciare ad essere operativa „. La prima di queste disposizioni aveva veramente per oggetto speciale la consacrazione dell'antica massima di diritto: *Ignorantia juris neminem excusat;* ma parlando del tempo in cui questa regola cominciava a divenire applicabile, riusciva a stabilire ugualmente, come nel successivo § 3°, che *l'efficacia della legge incominciasse immediatamente dopo la promulgazione di essa.*

Nella legislazione nostra, secondo l'art. 1°, § 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, come nelle legislazioni delle antiche provincie, e degli ex-Ducati Parmense

ed Estense, se non fu espresso, come nei Codici Napoleonico e delle Due Sicilie, il principio che l'*obbligatorietà* delle leggi dipenda dalla loro *notorietà presunta*, e questa non derivi dal solo fatto della pubblicazione, ma inoltre dal decorso d'un tempo sufficiente a giustificare la presunzione che generalmente tutti abbiano potuto e dovuto conoscere la legge pubblicata, quel principio però risulta ammesso con tale evidenza da non lasciar luogo al menomo dubbio.

Il nostro articolo 1°, colla disposizione surriferita, parlando delle *leggi promulgate dal Re*, che *divengono obbligatorie solo dopo trascorso un certo tempo*, viene con ciò a riconoscere chiaramente prima di tutto la distinzione fondamentale tra l'*esecutorietà* delle leggi, ch'è l'effetto necessario e immediato della promulgazione fattane dal Re, e l'*obbligatorietà* delle leggi medesime, che fa incominciare solamente dopo un certo lasso di tempo. Con ciò stesso fa poi conoscere, non meno manifestamente, come l'*obbligatorietà* delle leggi non dipenda dal solo fatto della loro pubblicazione, ma dalla *notorietà presunta*, che in seguito a tale fatto, e col trascorrimento inoltre d'un congruo tempo per la diffusione della notizia della legge, possa reputarsi stabilita; poichè non si spiegherebbe in altro modo come la legge, se traesse la sua obbligatorietà dal solo fatto della pubblicazione, non divenisse obbligatoria immediatamente dopo che questa fosse stata effettuata.

54. Da quanto abbiam riferito nel numero precedente apparisce la diversità dei sistemi, ch'erano stati adottati dalle legislazioni anteriori all'attuale, in ordine al tempo in cui le leggi dovessero divenire obbligatorie.

Il Codice austriaco dava pieno vigore alle leggi appena fossero pubblicate. Il volere dell'imperante doveva essere osservato appena fosse divenuto possibile conoscerlo, pel fatto della pubblicazione. Evidentemente, si prescindeva del tutto dalla *notorietà*, presunta almeno, della legge;

poichè non era possibile immaginare che questa fosse già a notizia di tutti *immediatamente dopo la sua promulgazione.*

Le altre legislazioni ammettevano tutte, o espressamente, o implicitamente, il principio che le leggi non divenissero obbligatorie, se non dopo che potessero reputarsi generalmente conosciute; epperò stabilivano un termine più o meno breve per la presunta loro *notorietà.* Così era anche in quei Codici, che rendevano obbligatorie le leggi *nel giorno immediatamente successivo a quello in cui fossero state pubblicate;* cioè l'Albertino e l'Estense, i quali inoltre non si riferivano alla sola pubblicazione eseguita nella città sede del Governo, per l'attuazione della legge in tutta l'estensione dello Stato, ma parlavano della *pubblicazione fatta in ciascuna città o capoluogo di Comune,* e dichiaravano che nel giorno immediatamente successivo divenisse obbligatoria la legge in tutti i luoghi dipendenti da quell'amministrazione civica o comunale. Il termine era il più breve possibile; nondimeno era rispettato il principio, che non bastasse il fatto della pubblicazione per rendere immediatamente obbligatorie le leggi, ma si richiedesse il decorso di qualche tempo, per dar fondamento a presumere la notorietà effettiva della legge pubblicata.

In quei Codici, che non assumevano come fondamento essenziale della obbligatorietà delle leggi un vero mezzo legale di pubblicazione di esse, ma facevano consistere quel fondamento nella promulgazione emanata dal Capo dello Stato, e seguita dal decorso d'un termine che desse luogo a presumere la *notorietà della promulgazione* medesima, tale termine non era ritenuto unico per tutto lo Stato, ma variabile secondo le distanze dei luoghi. Così, secondo il Codice Napoleone le leggi dovevano essere osservate " nel dipartimento in cui risiedeva il Governo *un giorno* " *dopo quello della promulgazione,* ed in ciascuno degli altri " dipartimenti, *dopo lo stesso termine, coll'aggiunta di altret-* " *tanti giorni,* di quante decine di miriametri distava il

" *capo-luogo* di ciaschedun dipartimento dalla città dov'era " stata fatta la promulgazione „; e secondo il Codice pel regno delle Due Sicilie, la promulgazione d'una legge reputavasi conosciuta in ciaschedun Comune, e la legge diveniva quindi obbligatoria: 1° " nel Comune in cui la " promulgazione era stata fatta, il dì seguente; 2° nei Co- " muni della stessa provincia, altrettanti giorni dopo il " dì seguente alla promulgazione, quante erano le 20 miglia " di distanza dal Comune della promulgazione; 3° nei capi- " luoghi delle Provincie al di qua, e nelle valli al di là del " Faro, il dì seguente alla promulgazione colla giunta di " altrettanti giorni per quante venti miglia distavano dal " Comune della promulgazione; 4° negli altri Comuni delle " Provincie e delle valli, colla giunta di altrettanti giorni " per quante venti miglia erano distanti dai capiluoghi „.

Questo sistema, però, di stabilire per la obbligatorietà delle leggi un termine variabile secondo la distanza di ciascun luogo da quello in cui n'era avvenuta la promulgazione, apriva l'adito a non lievi questioni; per la possibilità che al tempo della pubblicazione d'una legge, taluno che avrebbe dovuto osservarla si trovasse fuori del proprio domicilio ed in luogo dove la legge pubblicata divenisse obbligatoria più presto o più tardi. Sarebbe allora al luogo del *domicilio*, od a quello della *residenza*, o della *dimora* attuale, che dovrebbesi avere riguardo per determinare il tempo, in cui la legge fosse divenuta obbligatoria per quella persona? Oltre a ciò, rimaneva dubbio se per una frazione di quella distanza, che la legge indicava come facente luogo all'aumento d'un giorno nel termine, dovesse, o no, contarsi codesto aumento? (1).

Un altro sistema, senz'ammettere tante differenze da luogo a luogo, non stabiliva però nemmeno un termine unico per l'obbligatorietà delle leggi in tutto lo Stato; ma concedeva un più lungo tempo per qualche parte di

---

(1) Marcadé, art. 1, § III, t. I, n. 30; Demolombe, t. I, n. 27, 31.

esso, in cui la notizia delle leggi promulgate dovesse giungere necessariamente più tardi. Era così che la legge 23 giugno 1854 per gli Stati Sardi prescriveva dover le leggi essere “ osservate in tutti gli Stati di Terraferma “ il decimo giorno, e nelle isole di Sardegna e di Capraia “ il decimo quinto giorno dopo la loro inserzione, salvo “ che nella legge promulgata sia altrimenti disposto „.

Pei Ducati parmensi, dal sovrano Decreto 9 marzo 1854, che modificava in questa parte le disposizioni del Codice civile, era stabilito all'art. 4:

“ La legge diviene obbligatoria in tutti i Comuni dello “ Stato otto giorni dopo quello della sua promulgazione, “ salvo che nella legge fosse altrimenti disposto „.

Allorchè col decreto luogotenenziale del 13 febbraio 1861 fu ordinata la pubblicazione e l'attuazione nelle provincie napoletane della legge 23 giugno 1854, fu però modificato l'articolo 4° di essa legge colla seguente disposizione dell'articolo 3 di quel decreto:

“ Il termine, elasso il quale le leggi, i decreti e i regolamenti diverranno esecutorii, è il *decimoquinto giorno* “ dopo quello della loro inserzione negli atti del Governo „.

Nella discussione fatta dalla Commissione incaricata di coordinare le disposizioni del Codice civile, intorno al progetto d'un *titolo preliminare dei Codici del Regno d'Italia*, presentatole da una sua Sottocommissione, l'articolo primo delle disposizioni premesse ora a quel Codice fu oggetto — come già accennammo (1) — di diverse obbiezioni; le quali furon vinte, e si ottenne per grandissima maggioranza di voti il mantenimento del proposto articolo 1°, per questa principale considerazione, che la legge del 23 giugno 1854, riguardante il modo, la forma ed i termini della promulgazione delle leggi “ non essendo “ stata pubblicata all'epoca delle annessioni delle varie “ provincie italiane, nè posteriormente, in tutte le dette

---

(1) V. sopra, n. 50, p. 188 e seg.

“ provincie, si ha per conseguenza ancora una disparità
“ tra le medesime sopra un punto così importante come
“ quello del tempo in cui le leggi cominciano a diventare
“ obbligatorie; d'onde *la necessità di stabilirlo ora, in modo*
“ *uniforme e fisso,* inserendo la disposizione di cui si tratta
“ nel Codice, o nella legge speciale che conterrà le re-
“ gole intorno alla forza obbligatoria delle leggi „ (1).
Così dunque fu accolto come fondamentale il concetto di rendere *uniforme in tutto il regno* il tempo in cui le leggi dovessero entrare in vigore; e in tale intento, lungi dal seguire l'idea attuata nella legge del 1854 di eccettuare dalla norma comune qualche parte dello Stato, concedendo per essa un più lungo tempo affinchè una legge pubblicata divenisse obbligatoria, si volle che in qualunque parte del territorio del regno indistintamente ogni legge avesse efficacia nel medesimo giorno, accordando un termine maggiore per tutti, piuttostochè ampliarlo a modo di eccezione per alcuni.

L'esempio d'una simile disposizione era stato dato dalla legge belga del 28 febbraio 1845, che ordinava divenire obbligatorie le leggi *nel decimo giorno dopo la loro pubblicazione, consistente nell'inserirle nel Monitore.* E un illustre autore notava tra i pregi di questa innovazione in confronto del Codice Napoleone, che “ secondo questo Co-
“ dice le leggi divengono obbligatorie in ciascun dipar-
“ timento il giorno in cui la loro promulgazione può essere
“ conosciuta, giorno che varia nei diversi dipartimenti.
“ La legge belga invece ha stabilito un termine fisso di
“ dieci giorni per tutto il regno. Ora questo è più con-
“ forme alla natura della legge. Poichè essa obbliga ugual-
“ mente tutti i cittadini, non è conseguente che debba
“ obbligarli tutti nello stesso momento? Il Codice Napo-
“ leone aveva inoltre l'inconveniente di complicare i cal-
“ coli. Si era costretti a consultare la tabella delle distanze

(1) V. *Proc. verb.*, n. 51, p. 608.

" tra Parigi ed il capoluogo di ciascun dipartimento; mentre
" un termine unico dispensa da qualunque calcolo „ (1).

Codeste riflessioni non ci sembrano, per verità, d'una importanza gravissima. Oseremmo anzi dire che la prima di esse pecchi d'inesattezza; perchè dall'essere la legge uguale per tutti non avrebbesi a dedurre come conseguenza necessaria che dovesse obbligar tutti nel medesimo tempo. Posto che nessuna legge può rendersi obbligatoria se non quando sia da presumersi generalmente nota a coloro che debbono osservarla, se per le diverse parti dello Stato una tale presunzione non può fondatamente stabilirsi che dopo il trascorrimento d'un differente periodo di tempo, sarebbe anche logico che l'obbligatorietà della legge non potesse in questi diversi luoghi cominciare contemporaneamente. Nondimeno pare a noi pure che l'uniformità del tempo in cui le leggi entrino in vigore per tutto lo Stato sia un pregio, di cui tenne giustamente conto la Commissione coordinatrice, preferendo, per ottenere questo vantaggio, di accordare piuttosto per la obbligatorietà generale delle leggi un termine più lungo. La presunzione della loro notorietà non può fondarsi che sovra dati ipotetici e fallibili; e perciò richiede qualche larghezza nello stabilire il termine. Se questo fosse disuguale tra parte e parte del territorio dello Stato, potrebbe pertanto accadere non infrequentemente che una legge, la cui notorietà fosse di fatto già estesa a tutto lo Stato, si trovasse applicata per una parte di essi, mentre l'altra continuasse ad essere regolata dalle leggi anteriori; ciò che produrrebbe una sconveniente disuguaglianza di trattamento. Se a ciò si aggiunga l'interesse di evitare le questioni a cui potrebbe dar luogo — come già osservammo — il trovarsi taluno residente o dimorante in un luogo diverso da quello in cui avesse il proprio domicilio, e nel quale la nuova legge entrasse in vigore più presto

(1) V. Laurent, t. I, n. 20.

o più tardi, ne rimane senza dubbio giustificato il proposito avuto in mira dal nostro legislatore, di stabilire *in modo uniforme e fisso* il tempo in cui le leggi debbano divenire obbligatorie in tutto lo Stato.

Certamente, di fronte ai vantaggi, vi è pure l'inconveniente di dover fissare un termine abbastanza lungo, perchè la presunzione di notorietà della legge in tutte le parti dello Stato possa corrispondere alla realtà di fatto. E perciò appunto vediamo il nostro legislatore avere sostituito al termine diverso di dieci e di quindici giorni, ch'era stabilito dalla legge 23 giugno 1854, il tempo maggiore di quindici giorni per tutto il regno. Ma questo inconveniente è sempre riparabile, pei casi nei quali sia veramente d'interesse generale un più breve intervallo tra la pubblicazione e l'attuazione d'una determinata legge; potendosi in essa stabilire un termine minore dell'ordinario per la sua obbligatorietà, od eziandio che debba entrare in vigore immediatamente dopo la sua pubblicazione. Simili disposizioni possono essere talvolta più che opportune, necessarie, specialmente in ordine a leggi di indole fiscale. All'incontro può avvenire qualche altra volta che per leggi la cui attuazione richiegga una lunga preparazione, sia necessario stabilire per la loro obbligatorietà un termine più lungo dell'ordinario. Così fu fatto nei Codici civile e di procedura civile, che pubblicati nel giugno del 1865 non cominciarono ad avere esecuzione in tutte le provincie del regno che cominciando dal 1° gennaio 1866.

Tutte queste possibili eccezioni alla regola generale, secondo cui le leggi promulgate dal Re divengono obbligatorie in tutto il regno nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione, sono infatti comprese nella riserva espressa in fine dello stesso articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, con quelle parole " salvo che " nella legge promulgata sia altrimenti disposto „.

Quanto al modo di computare il termine stabilito dal citato articolo 1°, è chiaro, tanto da non poter ammettere

il menomo dubbio, che il giorno della pubblicazione non dev'esser compreso nel termine, ma la legge diviene obbligatoria *al cominciare del decimoquinto giorno* dopo quello in cui la legge fu pubblicata. Non è già che reputiamo applicabili — come qualche scrittore ha creduto — le note regole: *dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur;* poichè non si tratta di termini fissati dalla legge per l'esercizio di certi diritti e di certe azioni, ai quali appunto quelle regole risguardano. Qui il tempo non è considerato che come elemento della presunzione giuridica di notorietà della legge; e in materia di presunzioni giuridiche tutto dipende necessariamente dalle manifestazioni della volontà del legislatore, nè può dipendere da altro. Se non che il testo espresso dell'articolo 1° esclude evidentemente dal termine la computazione del giorno *a quo*, nel quale la legge è pubblicata, poichè dice doversi il termine predetto calcolare da *dopo il giorno della pubblicazione;* e non meno manifestamente include nel tempo prefisso per l'obbligatorità della legge l'ultimo giorno del termine, poichè stabilisce che la legge *diverrà obbligatoria nel decimoquinto giorno.*

55. Nella giurisprudenza nostrale vi è qualche decisione, in cui fu ritenuto doversi intendere per *pubblicazione delle leggi* “ il compimento di tutto quanto è richiesto per “ dar luogo alla presunzione legale della più estesa pubbli- “ cità, su cui si fonda la forza obbligatoria della legge „. Donde si dedusse che “ nel linguaggio giuridico non si può “ dire compiuta la pubblicazione di una legge, se non colla “ scadenza del quindicesimo giorno dall'annunzio nella “ *Gazzetta Ufficiale* della sua inserzione nella *Raccolta*, “ giacchè allora nasce appunto la presunzione che la legge “ sia divenuta a tutti nota „ (1).

---

(1) V. Decisione della Corte d'appello di Firenze, 31 marzo 1874 (*Ann.* VIII, 2, 130).

Un concetto simile era stato espresso da noi pure nella precedente edizione di questo lavoro: giacchè dicevamo che " non ostante l'inserzione e l'annunzio, di cui nell'ar-
" ticolo 1° delle disposizioni preliminari al Codice, la pub-
" blicazione d'una legge non può dirsi ancora veramente
" compiuta, essendo solo allo spirare del termine di quin-
" dici giorni che nasce la presunzione che la legge sia di-
" venuta nota; e questo tempo, che è lasciato affinchè la
" notizia delle leggi possa diffondersi generalmente, fa pure
" parte essenziale dei mezzi sui quali si fonda la pubblicità
" delle leggi stesse ".

Altri però giudicò inesatte codeste idee, osservando che
" il termine è conceduto ai cittadini affinchè possano pren-
" dere cognizione *effettiva* della legge pubblicata, e non già
" perchè questa divenga giuridicamente pubblica ", e pensò a sostituire una diversa nozione di quel termine, dicendo che " la pubblicazione delle leggi ha per effetto di renderle
" obbligatorie, salvochè questo effetto non ha luogo istanta-
" neamente, sibbene dopo trascorso un tempo conveniente,
" acciocchè i cittadini ne possano prendere cognizione " (1).

Che il tempo di quindici giorni dopo quello della pubblicazione sia stato conceduto allo scopo di lasciar luogo a diffondersi la notizia della legge, cosicchè dopo trascorso quel tempo si possa fondatamente presumerla conosciuta generalmente da tutti, è cosa che non ammette dubbio. È altrettanto certo però che se l'*atto della pubblicazione*, com'è definito nel secondo paragrafo del primo articolo delle disposizioni generali premesse al Codice civile, è veramente compiuto coll'inserzione della legge nella *Raccolta*, e coll'annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta Ufficiale*, non si reputa per ciò solo bastantemente conseguita la notorietà della legge per render questa obbligatoria, ma la presunzione legale della notorietà si fa dipendere insieme dall'avvenuta pubblicazione e dal trascorrimento del termine

(1) V. Pacifici-Mazzoni, op. cit., vol. I, n. 13, testo e nota 4, p. 34.

surricordato. L'affermare pertanto che l'atto della pubblicazione d'una legge abbia per sè l'effetto di renderla obbligatoria, e solamente l'attuazione di tale effetto sia ritardata dal termine stabilito di quindici giorni, è un errore manifesto. L'obbligatorietà d'una legge, secondo il sistema adottato dal legislatore italiano, non è l'effetto del semplice atto della pubblicazione, ma della *notorietà*, che si presume sol quando dopo quell'atto sia seguìto il decorso del termine di 15 giorni (1). Nondimeno dobbiamo riconoscere di avere usata una espressione impropria allorchè altra volta dicemmo non potersi ritenere *compiuta la pubblicazione* d'una legge, se non col trascorrimento dei quindici giorni da quello in cui nella *Gazzetta Ufficiale* del regno sia stata annunziata l'inserzione di quella legge nella *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti*. Con quella forma di dire davamo occasione a confondere l'*atto della pubblicazione* colla *pubblicità*, colla *notorietà della legge*. La pubblicazione è compiuta allorchè si sono adempiuti i due fatti, nei quali la fa consistere l'articolo 1°, § 2 delle disposizioni generali premesse al Codice civile. Il termine di quindici giorni, che deve decorrere dopo, non è da riguardarsi come parte integrante e complementare dell'atto di pubblicazione, ma costituisce insieme ad esso il fondamento essenziale di quella presunzione legale di *notorietà della legge*, da cui dipende l'obbligatorietà di questa.

56. A quanto abbiam detto nel numero precedente si collega la questione, a cui già accennammo, concernente la computazione del termine, che una legge stabilisca per la effettuazione d'un determinato atto o fatto in essa contemplato (2). È questo un punto intorno a cui venne pronunciata una decisione autorevolissima, nella quale fu ritenuto che il termine assegnato da una legge per l'eser-

---

(1) V. sopra, n. 49, p. 180.
(2) V. sopra, n. 50, p. 195, 196.

cizio d'un diritto in essa conceduto, dichiarando decorribile quel termine *dalla pubblicazione della legge stessa*, debba essere computato partendo dal giorno in cui sia stata annunziata nella gazzetta la inserzione della legge nella *Raccolta* (1). E crediamo che ciò sia da ammettersi come principio generale, e data appunto l'ipotesi che una legge abbia concesso un diritto, od una facoltà, od un'azione, prefiggendo pel relativo esercizio un termine dichiarato decorribile dalla pubblicazione della legge stessa. Ciò almeno è conforme alla lettera della supposta disposizione legislativa, dappoichè quando essa stabilisca un termine da computarsi dalla propria pubblicazione, è naturale intendere che quel termine abbia a decorrere dal giorno in cui l'atto della pubblicazione sia perfetto; e ciò avviene, come dimostrammo, per l'annunciata inserzione della legge nella *Raccolta uffiziale*, secondo l'art. 1°, § 2° delle disposizioni premesse al Codice. Vero è che sino al quindicesimo giorno, dopo quella pubblicazione, la legge non sarà ancora entrata in vigore pei suoi effetti giuridici, nè quindi gli stessi interessati potranno prima di quel tempo esercitare il diritto, la facoltà o l'azione che quella legge ad essi concede. Ma è da supporsi che di questa riflessione abbia tenuto conto il legislatore nello stabilire quel termine che ha creduto congruo, comprendendovi anche il tempo che deve intercedere fra la pubblicazione e l'attivazione della legge. Però, siccome nella interpretazione bisogna attenersi alla intenzione del legislatore, più ancora che al senso meramente letterale delle disposizioni, così non potrebbe escludersi che non ostante la dichiarazione, per la quale il termine prefisso avrebbe a decorrere dalla data dell'atto di pubblicazione, fosse esso computabile invece dal giorno in cui la legge pubblicata entrasse in vigore, secondo ciò che è disposto nel primo paragrafo dell'art. 1° delle disposizioni

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 29 dicembre 1874 (*Ann.* IX, I, 68).

premesse al Codice civile; qualora dal contesto o dai motivi della legge risultasse essere stata intenzione del legislatore di lasciare come tempo utile per l'esercizio del diritto, della facoltà o dell'azione da lui conceduta, tutto intero quel numero di giorni, di mesi o di anni, che corrisponda al termine stabilito e dichiarato decorribile dalla pubblicazione della legge stessa. Una interpretazione conforme a quest'ultima diverrebbe poi tanto più probabile e naturale, qualora non si trattasse — come nel caso della decisione surricordata — del termine assegnato da una legge per l'esercizio d'un diritto, d'una facoltà o di un'azione da essa conceduta, ma invece del termine prefisso per l'adempimento d'una obbligazione, che fosse imposta da quella legge. La differenza tra i due casi è manifesta. Quando è un beneficio, che una legge accorda, limitandone l'esercizio ad un tempo determinato, non si può facilmente scostarsi dal senso letterale della disposizione, che faccia decorrere il termine dalla data dell'atto di pubblicazione. Computando invece quel termine dal decimoquinto giorno dopo quello della pubblicazione, senza che l'intenzione del legislatore risultasse chiaramente in questo senso, si verrebbe ad estendere arbitrariamente il beneficio conceduto sotto quella limitazione dal legislatore medesimo. Quando all'opposto è un onere, un'obbligazione che la legge impone, fissando un termine entro cui si debba prestarvisi, è naturale il supporre che il tempo utile stabilito per l'adempimento non abbia a computarsi che cominciando dal giorno nel quale quell'obbligazione diventi effettiva per l'attivazione della legge da cui viene imposta; e questa considerazione può dunque concorrere efficacemente a far ritenere con maggior facilità che sia stata intenzione del legislatore di far decorrere il termine dal giorno in cui la legge diverrà obbligatoria, sebbene letteralmente essa siasi riferita soltanto all'atto della pubblicazione.

Riflessioni simili sarebbero applicabili parimente ai casi in cui non si trattasse veramente di nuove obbligazioni

imposte da una legge; ma di limitazione apportata a diritti, facoltà od azioni preesistenti, quanto al tempo entro cui siano esercibili; ovvero di restrizione del termine conceduto da leggi anteriori per l'adempimento di certe obbligazioni. Fingasi che all'esercizio d'un diritto o di un'azione, non limitata prima da alcun termine speciale, talchè nessun decorso di tempo sarebbe stato opponibile fuor quello della prescrizione trentennale, una nuova legge prefigga invece un breve termine decorribile dalla sua pubblicazione: ovvero che venga ristretto il tempo fissato da legge anteriore per l'adempimento d'un dato obbligo, dichiarando ugualmente la decorrenza del nuovo termine dalla pubblicazione della legge che lo stabilisce. L'applicazione letterale di queste disposizioni restrittive porterebbe che mentr'esse non si presumono notorie, nè divengono quindi obbligatorie che nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione, nell'intervallo però decorresse ugualmente il termine ristretto da esse prefisso; cosicchè, mentre chi avesse avuta immediata notizia della legge, appena pubblicata, godrebbe intieramente di detto termine, altri, a cui non fosse giunta quella notizia fuorchè nell'ultimo dei quindici giorni successivi alla pubblicazione, vedrebbesi scemato di altrettanto il breve termine conceduto. Certamente, la sola considerazione di tali inconvenienti non potrebbe bastare per negare il pieno valore che deve avere il testo della legge secondo il proprio significato delle sue parole; e il legislatore, come avrebbe potuto stabilire un termine più breve ancora, così ha potuto farlo invece decorrere dalla data della pubblicazione, tenendo conto dei quindici giorni che debbono passare prima che la legge entri in vigore. Ma ciò non ostante, non pare contestabile che le riflessioni suesposte diano gravi motivi a presumere, che siasi inteso di far decorrere il termine dall'attuazione della nuova disposizione, quantunque, stando alla lettera di essa, sia computabile quel termine dal giorno della pubblicazione; e può quindi esserne giustificato di ritenere

tale la vera volontà del legislatore, qualora altre circostanze concorrano a dimostrarla.

57. La forma, in cui è espresso nel suo primo paragrafo l'art. 1 delle disposizioni generali premesse al Codice civile, ha dato luogo a dubitare se la regola ivi stabilita sia da reputarsi applicabile anche per coloro che al tempo della pubblicazione della legge si trovino in paese estero.

Lo stesso dubbio era pur sorto sotto il Codice francese. E un illustre autore proponeva la questione in questi termini: " Come ed in qual tempo una legge nuova potesse " obbligare i Francesi, che si trovassero in paese straniero " al momento in cui questa legge fosse promulgata e pub" blicata in Francia? „ Accennava, a modo di esempio, i casi di matrimonio contratto o di testamento celebrato da un francese all'estero, secondo le norme anteriori, che credesse ancora vigenti, ignorando un cangiamento avvenuto nella legislazione patria circa le condizioni di capacità al matrimonio, o di validità del testamento; e chiedeva se tali atti dovessero riguardarsi come nulli. Ma respingeva questa soluzione come troppo rigorosa e troppo assoluta; osservando che l'articolo 1° del Codice Napoleone non parlava che *del territorio francese... di ciascuna parte della repubblica... del dipartimento in cui risiedeva il governo, e degli altri dipartimenti*; e d'altra parte " la ragione stessa " diceva che i termini, la cui scadenza successiva dava luogo " alla presunzione legale di notorietà della legge, non po" tessero spingere i loro effetti al di là della frontiera dello " Stato, *perchè neppur vanno più oltre lo scopo ed i mezzi* " *della pubblicazione* „. Tuttavia l'autore stesso si dichiarava alieno dal pensare che le leggi pubblicate in Francia non fossero mai obbligatorie pei Francesi dimoranti in paese straniero; solo sosteneva che in tal caso non avesse efficacia la presunzione legale, i cui effetti non potessero operare che dentro i limiti del territorio francese; che rimanesse solo da osservarsi la massima generale, dover essere

nota la legge per divenire obbligatoria; e che lo stabilire poi se e quando il cittadino in paese straniero avesse potuto conoscere le leggi nuove pubblicate in Francia, dipendesse dalle circostanze di fatto, da apprezzarsi a loro prudente criterio dalle autorità giudicanti (1).

Fra gli scrittori nostri qualcuno adottò pienamente l'opinione surriferita; qualche altro professò la massima che l'obbligatorietà delle leggi, secondo l'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice, *non si estenda fuori del territorio del regno, se non quando vi sia la presunzione naturale che abbiano potuto giungere a notizia del cittadino dimorante all'estero;* e che tale presunzione debba ammettersi quando *siano scaduti quindici giorni dall'arrivo d'una nuova legge alla sede del consolato* rappresentante il governo nostro nel paese straniero dove il cittadino si trovi (2).

L'asserzione che lo scopo e i mezzi della pubblicazione delle leggi si arrestino alle frontiere dello Stato, per argomentarne che neppure si possa estendere più oltre la presunzione legale di notorietà delle leggi medesime, sembra però manifestamente erronea. Non è sostenibile che lo scopo della pubblicazione delle leggi si limiti al solo territorio dello Stato, dal momento che esse possono essere obbligatorie anche rispetto a persone che si trovino in paesi stranieri, per regolare lo stato e la capacità dei nazionali, i beni mobili che loro appartengono, e i beni immobili situati nello Stato ancorchè appartenenti a stranieri (art. 6, 7 *Disp. gen.*) e d'altra parte non possono divenire obbligatorie se non in seguito alla pubblicazione ed alla notorietà che da questa deriva. Nè parimente sono da dirsi limitati al solo territorio dello Stato i mezzi della pubblicazione, dappoichè essi possono assai facilmente portare anche in paesi stranieri la conoscenza delle leggi inserite nella *Raccolta ufficiale*, mediante l'annunzio che ne vien dato

(1) V. Demolombe, t. 1, n. 29.
(2) V. Saredo, op. cit., vol. I, n. 127-129.

nella *Gazzetta ufficiale* del regno. Di fatto si verifica generalmente che il cittadino residente all'estero approfitti di questi mezzi, resi ora più agevoli dalla frequenza e rapidità delle comunicazioni, per avere notizia di ciò che avviene nella patria sua, e delle innovazioni legislative che vi si introducono.

Quanto poi all'altro argomento, che si vorrebbe dedurre dal testo, perchè gli autori del nostro Codice civile, nell'articolo 1° delle disposizioni generali premessevi, abbiano dichiarato che le leggi promulgate dal Re, nel decimoquinto giorno dopo la loro pubblicazione divengono obbligatorie *in tutto il regno*, come l'art. 1° del Codice Napoleone aveva detto che le leggi dovessero essere osservate *in qualunque parte della repubblica* dal momento in cui potesse esserne conosciuta la promulgazione; è ovvio il rispondere, che lungi d'essere necessario di dare a quelle parole, *in tutto il regno*, il senso restrittivo che si vorrebbe loro attribuire, sono facilmente spiegabili per l'intendimento di palesare chiaro il proposito, ampiamente dimostrato nelle discussioni fatte dalla Commissione coordinatrice, di rendere uniforme per tutto lo Stato il tempo in cui le leggi entrano in vigore, togliendo la differenza, che la legge 23 giugno 1854 portava per alcune parti dello Stato, deve le leggi divenivano obbligatorie più tardi che nelle altre.

L'opinione, per quanto autorevole, manifestata — come riferimmo — sotto il Codice francese, che la presunzione legale di notorietà della legge non sia operativa se non nei limiti del territorio dello Stato, e fuori non abbia da applicarsi altro che il principio fondamentale proclamato dall'art. 1° di quel Codice, doversi eseguire la legge dal momento in cui possa esserne conosciuta la promulgazione, non sembra dunque da seguirsi. Lo stesso Codice francese alla dichiarazione espressa di quel principio fondamentale faceva seguire immediatamente la disposizione, che le leggi si presumessero note a tutti un certo tempo dopo la loro promulgazione. Il legislatore italiano non ha neppure sti-

mato necessario di dire che le leggi debbano essere osservate dal momento in cui possano essere conosciute, e si è limitato ad ordinare che divengano obbligatorie nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione, stabiliendo così la presunzione legale della notorietà generale dopo il decorso di quel tempo. Or, com'è possibile disapplicare questa *presunzione legale* per una parte delle persone da cui le leggi dello Stato debbono essere osservate, e sostituirvi la *presunzione del giudice*, che il cittadino dimorante all'estero abbia individualmente conosciuta od ignorata la legge pubblicata nel suo paese? Non è ciò un falsare del tutto il concetto adottato come essenziale dal legislatore, che volle stabilire l'obbligatorietà delle leggi sul fondamento d'una presunzione legale e generale di notorietà, anzichè permettere, con troppo grave ed evidente pericolo di arbitrii, di ridurre quella obbligatorietà ad una questione di fatto nei casi singoli, fondandosi sull'apprezzamento delle circostanze individuali che abbiano resa possibile od abbiano impedita la conoscenza d'una data legge? Il Codice francese — è vero — parlava soltanto dell'osservanza dovuta alle leggi *nel territorio di Francia... in qualunque parte della repubblica... nei vari dipartimenti* francesi; perchè ivi appunto doveva verificarsi il più gran numero dei casi di applicazione delle leggi francesi, e nell'unico intento di dimostrare la loro generale ed uniforme obbligatorietà in tutto lo Stato. Il legislatore italiano parlò parimente della obbligatorietà delle leggi *in tutto il regno* nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione; e di esprimersi così ebbe un motivo di più, come osservammo, per segnalare l'innovazione, che faceva ad una norma precedente, col sopprimere la differenza che esisteva per qualche parte dello Stato circa il tempo in cui le leggi pubblicate entravano in vigore. Nè l'uno nè l'altro Codice, veramente, contemplò a parte i casi in cui le leggi debbano essere applicate a persone che al tempo della pubblicazione di quelle si trovino in paese straniero; nè estese espressa-

mente anche a quei casi la regola scritta nell'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice; nè stabilì per essi una regola diversa. Ma ciò autorizza forse a negare nei casi predetti l'applicabilità dell'unica norma colla quale il legislatore volle regolare in modo generale l'obbligatorietà delle leggi, a sostituire l'arbitrio dei giudici a quella presunzione legale ch'egli reputò necessario di stabilire, a cangiare in una questione di conoscenza individuale delle leggi pubblicate quella loro efficacia d'obbligare, che il legislatore stesso fa dipendere unicamente dalla notorietà pubblica? E basterebbe dunque che nel giorno della pubblicazione d'una legge taluno si trovasse fuori del regno, forse a pochi passi di distanza dai confini dello Stato, per non potersi più applicare a lui la presunzione legale che quella legge fosse conosciuta, e la conseguente obbligatorietà di essa nel quindicesimo giorno dopo la pubblicazione, e per doversi invece lasciare ai giudici di decidere in fatto, mediante l'apprezzamento delle circostanze e della buona fede individuale, se fosse da reputarsi avere veramente quella persona conosciuta o ignorata la legge, di cui si chiedesse l'applicazione? Certo, potrà essere invece che taluno si trovi in terra straniera tanto lontana da doversi ritenere impossibile che nel quindicesimo giorno, dopo la pubblicazione d'una legge in Italia, egli ne abbia avuta conoscenza. Nè intendiamo qui di escludere che codesta impossibilità possa essere da lui addotta per giustificare l'ignoranza in cui trovavasi necessariamente della esistenza di quella legge, al fine di evitarne l'applicazione. Osserviamo, però, che tratterebbesi allora d'un aspetto assai diverso sotto cui la questione verrebbe ad essere considerata. Altro è negare assolutamente l'applicabilità, per coloro che siano all'estero, della presunzione legale di notorietà delle leggi, secondo l'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice; ed altro è l'ammettere che, non ostante questa presunzione legale, si possa allegare l'ignoranza d'una legge, dimostrando la impossibilità che la notizia di essa giungesse entro il termine

stabilito dal predetto articolo nel luogo straniero in cui taluno risiedeva o dimorava. Quest'ultimo è un punto che ci riserbiamo di esaminare appresso, trattando specialmente dell'autorità delle leggi. Ma frattanto ciò che crediamo di poter tenere fin d'ora come certo, per le riflessioni accennate superiormente, si è che la presunzione legale di notorietà generale, e la conseguente obbligatorietà delle leggi, nel quindicesimo giorno dopo la loro pubblicazione, debba reputarsi applicabile a tutti coloro che sono tenuti ad osservarle, senza distinguere — come non distingue il citato articolo 1° — tra le persone che al tempo di quella pubblicazione si trovino nel territorio del regno, e quelle che siano all'estero.

Si è parlato d'una *presunzione naturale* che leggi pubblicate nel regno *abbiano potuto giungere a notizia del cittadino dimorante all'estero*, la quale presunzione naturale si sostituirebbe alla presunzione legale della notorietà generale delle leggi nel quindicesimo giorno dopo la loro pubblicazione. Ma, in verità, se comprenderemmo, senza approvarlo, che si sostituisse alla presunzione di legge d'una notorietà generale la prova della conoscenza individuale d'una legge promulgata, non intendiamo affatto come possa parlarsi d'una *presunzione naturale* ch'essa sia divenuta nota in un determinato luogo ad un certo momento, piuttostochè in un tempo più breve o più lungo. Il solo legislatore ha il potere di stabilire una presunzione di questa specie. Infatti lo stesso scrittore, che enunciò questa idea, la tradusse poi praticamente nella regola che presso i consolati all'estero dovesse farsi la pubblicazione delle leggi, che vi pervengono colla *Raccolta Ufficiale* in cui sono inserite, e " scaduti i quindici giorni " dall'arrivo della nuova legge alla sede del consolato al- " l'estero, essa entrasse in vigore per tutti i cittadini ita- " liani residenti nella circoscrizione del consolato mede- " simo ". Ora, pare a noi manifesto che in tutto ciò l'interprete tenda a sostituirsi al legislatore. Chi mai, fuor

di quest'ultimo, potrebbe dichiarare che la pubblicazione delle leggi fatta nel regno non avesse valore fuorchè per coloro che in quel tempo vi si trovassero, e per gli altri che dimorassero fuori del territorio dello Stato fosse indispensabile una pubblicazione a parte, fatta presso i consolati? Chi, se non il legislatore, potrebbe stabilire che nel quindicesimo giorno dopo una tale pubblicazione la legge dovesse reputarsi conosciuta in tutta la circoscrizione del consolato? E non è assurdo dare il nome di *presunzione naturale* a questa, che la legge così pubblicata sia divenuta notoria precisamente nel quindicesimo giorno seguente, e non piuttosto nel decimo o nel ventesimo? Nè meno assurdo sarebbe il considerarla invece come una *presunzione legale*, dedotta per analogia dal disposto dell'articolo 1°; chè le *presunzioni legali* hanno bisogno d'un testo espresso di legge che le stabilisca, nè possono argomentarsi per analogia, come eccezioni, ch'esse sono, a fronte del principio generale secondo cui ogni fatto giuridico, che si alleghi, abbisogna di prova specifica.

Aggiungasi che la pretesa soluzione, quand'anche avesse in diritto quel fondamento che sembra mancarle, non risponderebbe che a mezzo alla difficoltà. Supposto pure che il suggerimento dell'egregio scrittore fosse tradotto in una disposizione di legge — ciò che solo potrebbe renderlo attendibile — sarebbe con ciò provveduto soltanto all'attivazione delle leggi pubblicate in Italia rispetto ai cittadini italiani che risiedessero all'estero. Ma quelle leggi possono altresì essere applicabili per gli stranieri, qualora abbiano per oggetto i beni immobili; perchè questi, qualora siano situati nel territorio dello Stato, sono soggetti alle leggi del regno ancorchè appartengano a stranieri (art. 7, § 2 Cod. civ.). Ora, la pubblicazione, che fosse fatta presso il consolato italiano, non potendo riguardarsi come efficace che pei cittadini italiani residenti in quel determinato luogo, la questione del tempo in cui dovesse reputarsi entrata in vigore rimpetto agli stranieri la legge italiana,

se fosse da ritenersi inapplicabile per questo caso l'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, rimarrebbe sempre la stessa.

58. Ciò che abbiamo detto finora riguarda la pubblicazione e l'attivazione delle *leggi,* intesa questa parola nel suo proprio e stretto significato. Rimane quindi a vedersi come debbano essere pubblicati, e quando divengano obbligatorii i decreti e i regolamenti per l'esecuzione delle leggi, e i decreti, regolamenti, ordinanze ed altri provvedimenti emanati dalle autorità amministrative in materia di loro competenza. A tale quesito, per ciò che concerne i regolamenti e decreti reali per la esecuzione delle leggi, risponde il testo della già citata legge 23 giugno 1854 (numero 1731); la quale nell'art. 6 stabilisce che le disposizioni dei precedenti suoi articoli 2, 4 e 5 " sono anche applica- " bili ai decreti e regolamenti emanati dal Re, necessari " per la esecuzione delle leggi, e che interessano la gene- " ralità dello Stato ". Ora, abbiamo già dimostrato che l'articolo 1° delle disposizioni generali premesse al Codice civile derogò in due parti importanti alla legge del 1854, la quale però fu lasciata sussistere in tutto il rimanente; vi derogò, cioè, quanto alla determinazione degli elementi essenziali costitutivi della pubblicazione delle leggi, e quanto al tempo in cui queste divengono obbligatorie (1).

Dobbiamo dunque conchiudere, per la combinazione delle predette disposizioni, essere tuttora da osservarsi la regola stabilita nell'art. 6 della legge del 1854; secondo la quale ai decreti e regolamenti emanati dal Re per la esecuzione delle leggi, in ordine alla necessità della firma del Re e del ministro proponente, e del visto del guardasigilli coll'apposizione del sigillo dello Stato (art. 2 di detta legge), nonchè in ordine ai modi di pubblicazione, ed al tempo in cui abbiano a divenire obbligatorii (art. 4 e 5), devono sempre

---

(1) V. sopra, n. 50, p. 190 e ss.

applicarsi norme identiche a quelle che sono prescritte per le leggi vere e proprie; poichè a questa massima non fu derogato in verun modo colla nuova disposizione dell'articolo 1° premessa al Codice civile. Solo essendo modificate le forme per la pubblicazione delle leggi, e diversamente determinato il tempo in cui divengono obbligatorie, queste medesime modificazioni vanno pure estese ai decreti reali e regolamenti per la esecuzione delle leggi; cosicchè anche la pubblicazione di tali decreti e regolamenti non può oramai reputarsi perfetta se non coll'annunzio nella *Gazzetta Ufficiale* del regno della inserzione di quei decreti nella *Raccolta Ufficiale*, ed essi poi divengono obbligatorii in tutto il regno, senz'alcuna distinzione, nel decimoquinto giorno dalla data del predetto annunzio.

Tutto questo ci sembra tanto chiaro, da riuscire per noi quasi inconcepibili i dubbi manifestati in proposito da un illustre scrittore; il quale ha bensì adottata in ultimo la stessa conclusione, ma non ha creduto di potervi giungere se non per un semplice argomento di analogia dedotto dall'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice, affermando che questo articolo immutò sulla precedente legge del 1854 per ciò che riguarda la pubblicazione e l'obbligatorietà delle leggi, e poichè nulla ha detto circa i regolamenti e decreti reali, rimane incerto " se la loro pubblicazione sia ancora " regolata dalla legge del 1854, quanto dire basti farne la " inserzione nella *Raccolta degli atti del Governo*, per ren- " derli attuabili *il decimo giorno rispetto alle provincie di* " *terraferma, e il quindicesimo rispetto alle isole* " (1).

Senonchè non è perfettamente esatto che il Codice civile abbia regolato con norme completamente nuove la pubblicazione e l'attuazione delle leggi, togliendo ogni vigore in questa parte alla legge precedente. Le innovazioni sono invece parziali, e limitate — come osservammo — alla determinazione degli elementi necessari a rendere perfetto

(1) V. Borsari, *Commentario del Codice civile italiano*, art. 1, § 11, p. 33.

l'atto di pubblicazione delle leggi, e del tempo in cui esse divengono obbligatorie. Per tutto il resto la legge del 23 giugno 1854 ha conservata la sua efficacia, e quindi anche per la massima, stabilita nell'art. 6 di detta legge, che le regole per la pubblicazione ed attuazione delle leggi in generale debbano applicarsi parimente ai *decreti e regolamenti emanati dal Re, necessari per l'esecuzione delle leggi, e che interessano la generalità dello Stato.* Non vi è dunque alcun bisogno d'uno sforzo d'interpretazione, nè di un'argomentazione per analogia, ma basta il testo della legge tuttora vigente per dimostrare che quanto è stabilito nell'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice civile circa le leggi vere e proprie, è da applicarsi anche ai *decreti e regolamenti emanati dal Re per l'esecuzione delle leggi stesse* (1).

E la medesima massima è da ritenersi per quei decreti reali, i quali, sebbene aventi tutt'altro oggetto che l'approvazione di regolamenti per la esecuzione delle leggi, contengano disposizioni riguardanti l'interesse generale dello Stato. Questo pure ci sembra evidentissimo pel testo stesso del ricordato articolo 6 della legge 23 giugno 1854; poichè altrimenti non vi sarebbe stato motivo di far menzione espressa e distinta dei *decreti che interessano la generalità dello Stato*, dopo aver parlato dei *decreti e regolamenti emanati dal Re, necessari per l'esecuzione delle leggi*, mentre è indubitabile che codesti regolamenti, e i decreti reali che li approvano, sono d'interesse generale dello Stato, appunto perchè provvedono alla esecuzione delle leggi.

Altrettanto pensiamo doversi ripetere per quei decreti reali, che, sebbene applicabili soltanto in una determinata parte del regno, in una o più Provincie, in uno o più Comuni, contengano però precetti giuridici generalmente obbligatorii in quelle date località, giacchè in ciò appunto riscontrasi in essi un carattere essenziale comune colle

---

(1) V. Astengo, Deforesta, Gerna ed altri, op. cit., vol. I, art. I, § VIII, p. 71; Saredo, op. cit., vol. I, n. 108.

leggi veri e proprie, salva la limitazione dello spazio in cui tali decreti sono da applicarsi; e se coll'articolo 6 della legge 23 giugno 1854 le stesse norme relative alla pubblicazione ed attivazione delle leggi vere e proprie vennero estese ai *decreti reali che interessino la generalità dello Stato*, ciò ebbe per motivo, a nostro modo di vedere, la considerazione che tali decreti contenendo precetti giuridicamente obbligatorii per tutti, al pari delle leggi, è quindi coerente che siano soggetti a norme identiche rispetto alla loro pubblicazione ed attivazione, non già l'intendimento di limitare una tale parificazione a quei soli decreti che siano destinati ad aver vigore in tutte le parti dello Stato indistintamente. Ciò è confermato maggiormente dal confronto di questo articolo 6 col seguente, in cui sono contemplati i decreti reali concernenti interessi privati; dal che apparisce che in contrapposto a questi si è parlato precedentemente dei decreti reali che interessino la generalità dello Stato, comprendendovi così tutti quelli che non abbiano per oggetto interessi meramente privati, ancorchè i loro effetti non si estendano precisamente all'intero territorio dello Stato, ma siano limitati a determinate parti di esso.

Quanto poi ai decreti reali, che riguardino meri interessi particolari di determinati corpi morali o privati, essi rimangono fuori di questione, perchè quantunque sia stabilito che anch'essi vengano inseriti, ma solo per estratto, nella *Raccolta degli atti del Governo* — eccettuato quando " la loro pubblicità, senza presentare verun carattere di " utilità pubblica, possa ledere interessi particolari, o nuo- " cere agli interessi dello Stato „ — (art. 7 della legge 23 giugno 1854) pure non contenendo essi alcun precetto giuridico generalmente obbligatorio, mancano i motivi per subordinare la loro efficacia alla pubblicazione ed al decorso d'un termine dopo di essa. Dimodochè simili decreti producono tutti i loro effetti indipendentemente anche da quella inserzione per estratto nella *Raccolta degli atti del*

Governo, che per essi pure è comandata; e li producono dalla data medesima del decreto, se in esso non sia stabilita a tal uopo una data diversa.

Quanto, in fine, ai decreti, regolamenti, ordinanze ed altri provvedimenti emanati dalle autorità amministrative in materie di loro competenza, nè la legge del 23 giugno 1854, nè l'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile contengono nulla che vi si riferisca. Che vi si abbia a supplire col mezzo di argomenti di analogia dedotti da ciò ch'è disposto per le leggi vere e proprie, pei decreti e regolamenti emanati per l'esecuzione di esse, e per altri decreti reali che interessino la generalità dello Stato, non sembra da ammettersi. L'analogia, se mai, dovrebb'essere ristretta ai provvedimenti dati dalle competenti autorità per interesse generale dello Stato, ed obbligatorii quindi generalmente per tutti i cittadini, quali sarebbero i decreti emanati in materie di rispettiva loro attribuzione dai ministri segretari di Stato. Qualora invece si trattasse di decreti, ordinanze od altri provvedimenti fatti da autorità locali, e perciò obbligatorii solo per coloro che in quelle località si trovano, come sarebbero le disposizioni date da prefetti, sindaci, autorità di pubblica sicurezza, par chiaro che l'accennata analogia non si possa invocare. Vi sarebbe forse identità di motivi per le forme da esigersi nella pubblicazione, affinchè divenga notorio uno di questi provvedimenti entro i ristretti confini d'un Comune o d'una Provincia, come per diffonderne la conoscenza in tutto il territorio dello Stato? Sarebbe ragionevole il ritenere necessario il decorso di altrettanto tempo per ottenere tale notorietà in una Provincia o in un Comune, come per conseguirla in tutte le parti del regno? Aggiungasi, che tra i mezzi di pubblicazione delle leggi, la inserzione nella *Raccolta ufficiale degli atti del Governo* non sarebbe applicabile pei provvedimenti di autorità amministrative subalterne, e l'annunzio nella *Gazzetta Ufficiale* del regno, quand'anche fosse adottata, non sarebbe il più utile per la pronta dif-

fusione della notizia di tali provvedimenti nei luoghi in cui dovrebbero essere attuati. Ma per gli stessi decreti ministeriali riguardanti l'interesse generale dello Stato, reputeremmo difficilmente ammissibile l'argomentazione di analogia, per altre considerazioni. Trattasi di stabilire la necessità di certe forme di pubblicazione, la inosservanza delle quali renda inefficace per difetto di forza obbligatoria un precetto giuridico, sebbene emanato da un'autorità legittima in materia di sua attribuzione. È ciò possibile senza un testo di legge che lo dichiari espressamente? È possibile estendere da caso a caso, per argomento di analogia, la comminazione d'inefficacia d'un atto per se stesso legittimo? Trattasi poi di fondare la presunzione legale, che solo col decorso d'un determinato tempo un precetto giuridico divenga notorio, epperò acquisti la virtù di obbligare. È mai concepibile l'esistenza d'una presunzione legale, se non sia dichiarata da un testo espresso di legge? Perciò non saremmo propensi ad accogliere la massima proposta da qualche scrittore, *che i decreti emanati dai ministri nei limiti delle loro attribuzioni, per l'interesse generale dello Stato, si debbano pubblicare come i decreti e i regolamenti di questa natura emanati dal Re, e divengano obbligatorii solo pel decorso del medesimo termine di quindici giorni dopo quello della loro pubblicazione* (1); e reputeremmo poi affatto inaccettabile l'altra teorica, secondo la quale neppure i *regolamenti comunali* potrebbero divenire obbligatorii prima del quindicesimo giorno dopo la pubblicazione (2). In appoggio di quest'ultima opinione si osserva che " nel silenzio della legge speciale si applica la legge " generale; e questa stabilisce un termine di 15 giorni fra " la pubblicazione d'una legge e la sua obbligatorietà ". Ma la massima che si pone come premessa, quantunque vera, suppone l'esistenza d'una *legge generale*, la quale com-

(1) V. Astengo ed altri l. c.
(2) V. Saredo, op. cit., vol. I, n. 109, p. 183, 184.

prenda anche il caso, che dalla legge speciale non sia stato regolato; ed allora è giusto il dire che nel silenzio di quest'ultima si debba ricorrere alla legge generale. Qui all'opposto, nè le disposizioni della legge 23 giugno 1854, nè l'articolo 1° delle disposizioni generali premesse al Codice contemplano altro che le leggi vere e proprie, e i decreti reali e regolamenti per l'esecuzione delle leggi, o interessanti altrimenti la generalità dello Stato. D'altra parte, per le ragioni surriferite, non par nemmeno ammissibile l'argomentazione per analogia. Rimane dunque unicamente di risolvere il dubbio *secondo i principii generali di diritto* (art. 3 delle disposizioni generali premesse al Codice). Or questi c'insegnano, che nessun precetto giuridico può divenire obbligatorio se non abbia avuta una pubblicazione, e perciò questa è indubbiamente indispensabile; ma, quanto ai decreti ed altri provvedimenti emanati dalle autorità amministrative, non essendo prescritta nessuna forma speciale per tale pubblicazione, spetterà ai giudici, in caso di controversia, il decidere se a codesti provvedimenti sia stata data una pubblicità sufficiente per renderli obbligatorii. Il mezzo adottato in pratica consiste nell'affissione d'uno o più esemplari dei decreti o provvedimenti predetti nei capiluoghi dei territori in cui debbono essere attuati; e questa forma trova anche appoggio nella legge del 23 giugno 1854, la quale per le stesse leggi vere e proprie ordina, come mezzo accessorio di pubblicazione, che " si continui ad affiggere pubblicamente in tutti i " capiluoghi di Comune un esemplare della legge „ (articolo 4).

I principii generali c'insegnano ancora che un precetto giuridico emanato da autorità legittima in materia di sua attribuzione, e pubblicato, ha in sè quanto occorre per essere esecutivo ed obbligatorio; epperò quando nel decreto stesso non sia stabilito un termine dopo il quale soltanto debba entrare in vigore, o la necessità che trascorra in mezzo un determinato tempo non risulti dalla

natura stessa della disposizione, il decreto, il regolamento, l'ordinanza od altro provvedimento diverrà obbligatorio immediatamente dopo che ne sia stata fatta la pubblicazione (1).

---

(1) V. ASTENGO, BORSARI, ll. cc.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., vol. I, n. 15, p. 38.

CAPO II.

Dell'autorità delle leggi.

Sommario. — 59. Concetto generale dell'autorità delle leggi. Distinzione tra la virtù obbligatoria e la forza coattiva di esse. — 60. L'autorità delle leggi non diviene effettiva prima del decimoquinto giorno posteriore a quello della loro pubblicazione. — 61. Se le parti interessate possano dare volontaria esecuzione ad una legge durante l'intervallo tra la pubblicazione e il giorno in cui la legge pubblicata diviene obbligatoria. Stato della controversia su questo punto. — 62. Si può sempre eseguire volontariamente una legge, che ancora non sia divenuta legalmente obbligatoria, quand'essa non contenga veruna derogazione a leggi precedenti. — 63. Una legge, che apporti abrogazione o derogazione espressa o tacita ad altra legge anteriore, può essere oggetto di esecuzione volontaria da parte degl'interessati, prima che sia divenuta legalmente obbligatoria, qualora la legge anteriore abrogata o derogata sia di mero interesse privato di chi consente all'esecuzione anticipata della nuova legge, ma non quando quella sia d'ordine pubblico, o concerna gl'interessi di terze persone. — 64. Dalla conoscenza individuale, che taluno alleghi di non avere avuta d'una legge divenuta obbligatoria, non può mai dipendere neppure pei casi singoli l'autorità della legge stessa. Conseguenze di questo principio in ordine all'allegabilità *dell'ignoranza o dell'error di diritto*. — 65. Sistemi diversi intorno alle norme da seguirsi per discernere i casi in cui si possa o non si possa allegare l'ignoranza o l'error di diritto. — 66. Quali principii siano da adottarsi a tale proposito. — 67. L'error di diritto nei contratti. — 68. L'error di diritto negli atti di divisione amichevole di beni ereditari o per altra causa cadenti in comunione. — 69. Casi d'inesistenza giuridica d'un atto divisionale per errore di diritto. — 70. Casi in cui siano state ammesse alla divisione persone non aventi diritto a parteciparvi. — 71. Caso in cui sia stata attribuita a qualcuno dei condividenti una quota superiore a quella che per diritto gli spettava. — 72. Casi di omissione, nell'atto divisionale, di alcuni dei beni che dovevano esservi compresi. — 73. Casi in cui siano stati compresi nella divisione beni appartenenti in proprio ad uno dei condividenti o ad un terzo. — 74. L'error di diritto negli atti di conferma di obbligazioni annullabili — 75. L'error di diritto negli atti di ricognizione di debito, di rinunzia a diritti propri, di acquiescenza a domande altrui, od a giudicati. — 76. L'error di diritto negli atti di accettazione e di rinuncia d'eredità. — 77. L'error di diritto, non meno che l'errore di fatto, può dar fondamento all'azione in ripetizione dell'indebito. — 78. L'error di diritto può essere allegato allo

scopo di approfittare degli effetti attribuiti dalla legge alla *buona fede*. Applicazione di questa massima al *matrimonio putativo*. — 79. Altre applicazioni all'error di diritto allegato come causa di *buona fede* dal possessore, o dall'erede apparente, allo scopo di far propri i frutti del bene posseduto per titolo di proprietà, o dei beni ereditari, e di non esser tenuto a restituire fuorchè i frutti percetti dopo la domanda giudiziale. — 80. Altre applicazioni all'error di diritto allegato per giustificazione della buona fede in materia di prescrizione acquisitiva. — 81. Differente modo d'intendere i requisiti del giusto titolo e della buona fede, in ordine all'acquisto dei frutti a favore del possessore, ed in ordine alla prescrizione acquisitiva, secondo il diritto romano, e secondo il diritto attuale. — 82. Continuazione dello stesso argomento. — 83. L'errore di diritto considerato in ordine al titolo d'acquisto proprio del possessore, che invoca la prescrizione decennale acquisitiva dell'immobile da lui posseduto. — 84. L'errore di diritto considerato in ordine ai titoli dell'autore dell'attual possessore. — 85. La confessione, fatta dalla parte, in giudizio o fuori, non è mai ritrattabile sotto pretesto di un errore di diritto. — 86. Le transazioni non possono impugnarsi per causa di errore di diritto. — 87. Dell'*errore comune*, quando cada sulle regole di diritto. — 88. Principii relativi alla prova in materia di errore di diritto. — 89. Se l'ignoranza della legge possa essere allegata allorchè sia stata la conseguenza di cause generali, di forza maggiore, che ne abbiano resa impossibile la conoscenza in una determinata località. — 90. Della *simulazione*, per cui la vera natura di un atto sia coperta sotto una forma diversa. — 91. In quali casi la simulazione sia causa di nullità di un atto. — 92. Persone che possono impugnare un atto, per simulazione. — 93. Principii relativi alle prove, in materia di simulazione. — 94. A quali leggi possa essere derogato per contratto, o per disposizione privata.

59. Dopo avere conosciuto in quali modi i precetti legislativi si formino, e divengano esecutorii ed obbligatorii, è naturale che debbansi volgere le indagini a ricercare quali siano gli effetti, che questa loro esecutorietà ed obbligatorietà produce, e in quali casi possa divenire eccezionalmente possibile di sottrarsi alle conseguenze che dalla inosservanza di tali precetti dovrebbero derivare, o di derogare per privata volontà alle norme dettate dal legislatore.

Ed appunto intendiamo per *autorità delle leggi* la virtù che esse hanno di obbligar le persone ad osservarle, le autorità giudiziarie ad applicarle, e gli altri agenti del potere pubblico a curarne l'esecuzione.

Infatti ogni legge produce una obbligazione per chi deve fare le cose dalla legge medesima comandate, omettere

quelle che da essa sono proibite, ed astenersi dal porre ostacolo all'esercizio dell'altrui libertà nelle cose che sono dalla legge permesse: ed a questa obbligazione corrisponde sempre un diritto, per le persone a cui la legge dà facoltà di esigere che certe cose da altri si facciano, certe altre non si facciano, o che si rispetti la facoltà libera ad esse lasciata di fare o non fare una cosa.

Così fu detto giustamente da un illustre giureconsulto che " legge, obbligazione, diritto e dovere, sono altrettanti " correlativi, che si suppongono reciprocamente... sono cose " delle quali l'una non può esistere senza l'altra ".

L'obbligazione prodotta dalla legge non è però, come nota lo stesso autore, una coercizione fisica ed assoluta; essa non lega che le volontà, e le lega e le costringe unicamente colla *necessità morale* di osservare la legge per evitare le conseguenze che deriverebbero dall'inadempimento delle sue disposizioni, per ottenere i vantaggi e raggiungere i fini dei quali l'osservanza della legge forma la condizione, per non incorrere nelle pene che alla violazione della legge vanno congiunte (1).

Le leggi positive umane hanno, oltre la *forza obbligatoria*, e come conseguenza necessaria di essa, anche una *forza coattiva;* per la quale si può con mezzi esteriori costringere alla loro esecuzione coloro che ne rifiutino la volontaria osservanza.

La *virtù di obbligare*, che è propria delle leggi, può esercitare il suo impero sulle persone che vi sono soggette, ancora quando si trovino nel territorio d'una nazione straniera. Le leggi dello stato, a cui una persona appartiene, possono, per alcuni rapporti giuridici, seguire questa persona anche in uno stato estero, e continuare ad imporle le obbligazioni derivanti dalle loro disposizioni, sia quanto allo stato ed alla capacità personale, sia quanto ad alcuni tra i beni componenti il patrimonio della persona stessa,

---

(1) V. Toullier, *Le droit civil français*, t. I, n. 97, 98.

e conseguentemente anche quanto agli atti ch'essa può fare in dipendenza del proprio stato e della propria capacità, ed agli atti relativi a quei beni che siano regolati dalla legge nazionale del proprietario. Nè in ciò può esservi lesione alcuna della indipendenza reciproca delle nazioni e dei governi, se alla *forza obbligatoria* delle leggi straniere non si voglia aggiungere la *forza coattiva*. La quale, per natura sua, esigendo l'impiego di *mezzi esterni di coercizione*, non potrebbe estendersi mai fuori del territorio dello stato dalla cui autorità emani la legge da applicarsi, senza che ne rimanesse offesa quella indipendenza appunto che devesi religiosamente osservare fra stato e stato. Vero è che niuna efficacia pratica potrebbe avere la virtù di obbligare delle leggi positive umane, se si supponesse ch'essa fosse totalmente disgiunta dalla *forza coattiva* di esse. Ma se alle leggi di uno stato è negato di estendere la loro forza coattiva in un altro, può però questa forza esser loro conceduta dalle leggi stesse dello stato straniero, in vista dei rapporti internazionali. E in ogni caso la legge che estenda la sua *virtù di obbligare* anche in uno stato straniero, dove si rechino le persone che le sono soggette, ritroverà poi la sua *forza coattiva* nello stato medesimo pel quale è dettata, quando in esso debbano eseguirsi gli atti fatti da quelle persone all'estero.

Riassumendo adunque diremo; che la *virtù di obbligare*, propria delle leggi di uno stato, può esercitarsi — in certi rapporti giuridici, dei quali più innanzi dovremo estesamente occuparci — sulle persone appartenenti allo stato medesimo, ancorchè si trovino ed agiscano in territorio straniero, e ad essa si congiunge poi la *forza coattiva* di quelle leggi, qualora gli atti fatti all'estero da quelle persone debbano eseguirsi nello stato di cui fanno parte; che all'opposto la *forza coattiva* delle leggi è di natura sua ristretta allo stato pel quale esse sono emanate, salvo che, in casi e per motivi particolari le leggi stesse dello stato straniero concedano loro quella *forza coattiva*.

60. Intesa come abbiamo detto, l'autorità delle leggi è una cosa stessa colla loro obbligatorietà; ond'è chiaro che come questa non comincia, secondo l'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, che nel decimoquinto giorno dopo quello in cui sia legalmente compiuto l'atto della pubblicazione, così anche quella solo in tal giorno può divenire effettiva.

In un senso più largo non sarebbe veramente inesatto il dire che l'autorità delle leggi cominci fin dal giorno in cui colla sanzione data ad esse dal Re, dopo l'approvazione delle due Camere, è compiuta l'opera legislativa; e tanto più poi dal dì della promulgazione, che imprime alle leggi già perfette la forza esecutiva. Ma è certo nondimeno, che essendo di essenza delle leggi, come regole delle azioni umane, il carattere della obbligatorietà, e questa non verificandosi se non quando dopo il giorno della loro pubblicazione sia spirato il termine prefisso dal ricordato articolo primo, solo allora può considerarsi completamente attuata l'autorità di esse, quantunque già prima esistessero giuridicamente e fossero pure rese esecutorie.

Questo principio crediamo che possa avere influenza nella risoluzione di qualcuna delle questioni, delle quali ci occuperemo nei numeri seguenti, intorno all'argomento dell'autorità delle leggi; e specialmente per quella riguardante il potersi, o no, da coloro che vi abbiano interesse dare volontaria esecuzione ad una legge prima ancora che sia divenuta obbligatoria, nell'intervallo, cioè, tra la pubblicazione di essa e il compimento del termine di quindici giorni.

61. Sul punto ora accennato, allorchè fu discusso davanti al Consiglio di Stato di Francia il Codice civile, furono pronunciate massime molto larghe in favore della libertà dei cittadini di approfittare delle leggi promulgate, prima ancora che cominciassero ad essere obbligatorie. Nei processi verbali sono riferite le seguenti parole dei signori Portalis e Cambacérès: “ Poichè la promulgazione

“ rende la legge autentica, le conferisce tutta la sua virtù,
“ le imprime tutti i suoi caratteri, prima della sua pubbli-
“ cazione e indipendentemente da essa, sarebbe ingiusto
“ privare coloro che la conoscano, sebbene per la sola
“ pubblicità di fatto, della facoltà di approfittarne.

“ Così i tribunali ammettono l'efficacia degli atti in cui
“ le parti abbiano fatte stipulazioni in conformità di una
“ legge promulgata, ma non ancora pubblicata.

“ Tuttavia l'esecuzione della legge, in seguito alla sem-
“ plice notorietà di fatto, non è ancora che facoltativa; la
“ sola pubblicità di diritto, dando luogo alla presunzione
“ che la legge sia conosciuta, produce l'obbligazione di
“ eseguirla, ed ai funzionari pubblici attribuisce il diritto
“ ed impone il dovere di esigerne l'esecuzione ”.

Non sarebbesi potuto formulare una teorica più ampia di questa, nella quale si professava come principio assoluto l'eseguibilità facoltativa della legge in virtù della sola sua promulgazione, indipendentemente dalla obbligatorietà, che non potevasi conseguire se non pel decorso ulteriore del tempo, dopo il quale soltanto la promulgazione stessa si reputava conosciuta.

Ma gli errori sfuggiti in tale affermazione di principii erano così manifesti, e tanto gravi le conseguenze derivabili dall'applicazione che si facesse dei principii medesimi, che quella teorica non potè mai essere accolta nella sua interezza dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Invero, sussiste bensì che la promulgazione rende autentica ed anche esecutoria la legge, nel senso che questa allora contiene già in se stessa gli elementi necessari per far luogo alla sua esecuzione; ma non è esatto che la promulgazione conferisca alla legge tutta la sua virtù, e le imprima tutti i suoi caratteri, poichè è virtù e carattere essenziale di essa la *obbligatorietà*, e questa non si acquista colla sola promulgazione, ma con quella che i francesi dicevano *pubblicità di diritto* — consistente nel trascorrimento di un giorno successivo alla promulgazione nel dipartimento di

residenza del Governo, e di termini aumentati per gli altri dipartimenti — e secondo il diritto nostro, colla pubblicazione eseguita di fatto secondo le norme dell'art. 1°, § 2° premesso al Codice civile, e col decorso inoltre di quindici giorni. Finchè colla obbligatorietà non abbiano avuto complemento la virtù ed i caratteri che sono essenziali della legge promulgata, l'esecutorietà medesima di essa esiste in potenza, ma non ancora in atto. Come può dunque dirsi ingiusto l'impedire che taluno invochi a proprio favore i benefici d'una legge non per anco attuata? Le conseguenze, poi, che deriverebbero dall'applicazione di quella teoria, sarebbero evidentemente incomportabili, specialmente qualora si trattasse di leggi riguardanti l'ordine pubblico. Suppongasi che il legislatore abbia date disposizioni relative allo stato o alla capacità delle persone, o sotto qualunque altro aspetto attinenti all'interesse generale. S'egli avesse creduto che di quelle leggi fosse necessaria od opportuna l'attivazione immediata, lo avrebbe disposto nelle leggi medesime. Non avendolo fatto, ha dimostrato di volere che esse entrino in vigore secondo la regola comune. Come mai può ammettersi che dipenda dalla volontà di privati il dare anticipatamente efficacia a quelle leggi, sostituendo così il voler proprio agl'intendimenti del legislatore in ciò che concerne l'interesse pubblico?

Perciò appunto la massima enunciata nel Consiglio di Stato di Francia non fu ammessa dai giureconsulti fuorchè sotto questa restrizione, consentita da tutti, che i contratti od atti privati, coi quali si volesse dare efficacia a qualche disposizione di legge promulgata, innanzi che fosse divenuta effettivamente obbligatoria, non potessero aver valore, se non quando le pattuizioni o disposizioni ivi contenute, e le leggi nuovamente promulgate, a cui si riferissero, concernessero unicamente gl'interessi privati dei contraenti o disponenti.

Concordi su questo punto, gli autori si trovavano però dissenzienti nello stabilire una teoria, che servisse di fonda-

mento per determinare, nella varietà dei casi contingibili, quando potesse una legge nuova essere eseguita volontariamente prima del tempo in cui diverrebbe obbligatoria.

Alcuni insegnavano regole diverse secondochè si trattasse di leggi imperative, o proibitive, o permissive.

Per le *imperative* o *precettive*, distinguevano se esse avessero per oggetto direttamente o indirettamente l'ordine pubblico, o l'interesse dei terzi, o se all'opposto riguardassero unicamente l'interesse privato di coloro che consentissero ad eseguirle prima della loro attivazione legale. Nel primo caso — come quando si trattasse di disposizioni riguardanti lo stato delle persone, o di altre relative alla pubblicità delle ipoteche — ritenevano che tali disposizioni non fossero suscettibili d'una esecuzione volontaria prima che fosse spirato il termine prefisso per la loro pubblicità legale; nel secondo, al contrario, ammettevano la possibilità d'una simile esecuzione anticipata; perchè osservavano derogarsi con questa necessariamente alle leggi anteriori contrarie o diverse, e tuttora vigenti, la quale derogazione era bensì ammissibile qualora non concernesse che l'interesse privato di chi la faceva, non mai quando toccasse l'ordine pubblico o l'interesse anche solo privato di terze persone (1).

Per le leggi *proibitive* era opinione di qualche autore che fosse sempre in facoltà dei privati, ai quali fosse di fatto nota la loro promulgazione, di eseguirle prima che potesse dirsene verificata la pubblicità legale; perchè notavasi non consistere l'esecuzione di tali leggi in altro che nell'astenersi da ciò ch'esse proibivano, ed essere sempre libero ad un privato di non fare un'azione, quantunque non ancora vietata legalmente (2). Altri però reputava doversi seguire

---

(1) V. Mailher de Chassat, *Commentaire approfondi du Code civil*, t. I, pag. 76; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 5, n. 10.
(2) V. Merlin, loc. cit.

anche per le leggi proibitive la stessa distinzione tra quelle che fossero d'ordine pubblico o di mero interesse privato (1).

Quanto alle leggi *permissive* o *facoltative*, distinguevasi se una legge nuova permettesse cose vietate da leggi anteriori, o non facesse che regolare il modo di esercizio di facoltà preesistenti.

Nella prima ipotesi si diceva, che se le proibizioni portate dalle leggi precedenti interessassero l'ordine pubblico, era inammissibile l'esecuzione anticipata della legge nuova, finchè, non essendosi ancora verificata la pubblicità legale di questa, le antiche leggi conservavano il loro vigore; che se invece quelle proibizioni fossero dirette soltanto a favorire interessi privati, l'esecuzione anticipata della nuova legge derogante a quelle non poteva essere impedita, se non perchè tali interessi privati riguardassero terze persone non consenzienti.

Nell'altra ipotesi poi si riproduceva ancora la medesima distinzione, dicendo che una nuova legge, la quale regolasse il modo d'esercizio d'una facoltà preesistente, non potesse essere eseguita volontariamente da chi vi avesse interesse, prima che per la pubblicazione di diritto fosse legalmente attivata, qualora riguardasse materia d'ordine pubblico o d'interesse di terzi; ma quando invece concernesse esclusivamente l'interesse privato di chi acconsentisse a quell'anticipata esecuzione, potesse essa aver luogo anche sulla sola notizia avutane per semplice pubblicità di fatto (2).

Com'è palese, non ostante la moltiplicità delle distinzioni che abbiamo riferite, tutta questa teoria si riduceva in sostanza — prescindendo dall'opinione del Merlin intorno alle leggi *proibitive*, della quale ci riserbiamo di riparlare fra poco — ad escludere la facoltà di dare esecuzione an-

---

(1) V. Mailher de Chassat, op. cit., pag. 79.
(2) V. Merlin, loc. cit.; Mailher de Chassat, op. cit., pag. 85, 86, 87.

ticipata a disposizioni di legge non ancora entrate legalmente in vigore, qualora queste derogassero a leggi anteriori d'ordine pubblico, o concernenti l'interesse di terze persone; e ad ammettere invece quella facoltà, se le predette leggi anteriori riguardassero unicamente l'interesse particolare di coloro che consentissero ad eseguire anticipatamente le leggi nuove.

Così la dottrina più recente abbandonò affatto le altre distinzioni preaccennate, attenendosi solo a quest'ultima.

Anzi vi è stato pure chi, senza far differenza tra leggi di ordine pubblico e d'interesse privato, insegnò che " nessuna legge essendo esecutoria finchè non se ne reputi legalmente nota la promulgazione, i privati, che la conoscono di fatto, non possono però approfittare delle sue disposizioni prima che sia attuata... Invano si opporrebbe che la promulgazione abbia solo per oggetto di far conoscere la legge ai cittadini, e che dal momento in cui essi ne abbiano notizia, quantunque per altra via, lo scopo della legge sia conseguito; poichè non è solo per rendere la legge *obbligatoria* per loro, che se ne fa la promulgazione, ma altresì per renderla *esecutoria*, che è quanto dire, affinchè produca gli effetti suoi rispetto a loro. Nè sarebbe conforme ai principii che si potesse approfittare dei benefizi d'una legge, quando ancora non si è soggetti alle sue disposizioni " (1).

Questa opinione così assoluta, non è però seguita; e i più fanno fondamento sulla distinzione già accennata, tra le leggi che riguardino l'ordine pubblico o l'interesse dei terzi, e quelle che concernano il mero interesse privato delle persone che vogliano darvi una esecuzione anticipata. Se non che, qualcuno si limita all'applicazione pura e semplice della distinzione surricordata, dicendo che " i privati potranno sottomettersi volontariamente alla nuova legge, prima dello spirare del termine stabilito

(1) V. Duranton, t. I, n. 45.

" dall'art. 1° del Codice francese, solamente quando *sia*
" *lecito ad essi di derogare col loro fatto, colla loro conven-*
" *zione, alla legge anteriore, che rimane ancora in vigore*
" *finchè la nuova non sia entrata in attività;* ed anche in tali
" casi è più vero il dire, che non la legge nuova, ma piut-
" tosto la loro dichiarazione, la loro convenzione sarà
" quella che li obbligherà „ (1).

Altri invece professano una massima più ristretta; non ammettendo che si possa eseguire volontariamente una legge, prima che sia divenuta obbligatoria, tutte le volte che la legge anteriore, abrogata totalmente o parzialmente dalla nuova, non riguardi l'ordine pubblico nè l'interesse dei terzi, ma il mero interesse privato di chi consenta a tale anticipata esecuzione; bensì limitando invece quella facoltà all'unico caso di leggi *dichiarative* della volontà delle parti (2).

Tra gli scrittori nostri vi è chi sostiene in principio, che niuno possa " pretendere di sottomettersi alla legge nuova
" prima che sia spirato il termine, in fine al quale diviene
" obbligatoria, non essendo in poter suo di attribuirle tal
" forza neppure in negozi che lo riguardano „ ma che nell'intervallo precedente l'attivazione di nuove leggi " pos-
" sano le parti *derogare alle leggi d'interesse meramente*
" *privato, e conformarsi alle nuove;* allora però non queste,
" ma la loro convenzione le obbliga „ (3). Come apparisce evidente, colla enunciazione del principio l'autore accennerebbe alla teoria assoluta del Duranton; ma colla limitazione che vi appone piega verso l'opinione del Demolombe.

Vi è poi chi annoverando più casi, nei quali sarebbe lecito dare volontaria esecuzione ad una legge innanzi che ne fosse attivata l'obbligatorietà, e dopo avere accennato in primo luogo a leggi nuove, che derogando alle preesistenti " modifichino gli effetti generali di un contratto, e

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 30.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 27, n.a 16; Laurent, t. I, n. 26, 27.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, op. cit., vol. I, n. 14, pag. 37.

" la materia non tocchi in nulla l'ordine pubblico „ soggiunge che " v'è un secondo caso in cui si può validamente " osservare la legge futura; ed è quando il legislatore vieta " o comanda certe azioni in modo assoluto, con mire d'in- " teresse generale, sotto pene determinate. È chiaro che " più presto il cittadino si asterrà dagli atti che saranno " presto vietati, e farà ciò che la legge futura comanderà, " meglio si conforma ai propositi del legislatore. La legge " mi comanda di astenermi; ho sempre questa facoltà. La " legge vuole che io agisca in un certo senso, che non lede " i diritti altrui; ho diritto di farlo quando mi piace „ (1). È in sostanza la massima insegnata dal Merlin per le leggi *proibitive*, ma estesa anche alle *imperative*.

Dalla lunga esposizione che abbiam fatta di teorie tanto svariate risulta come poco siano chiariti ed accertati i principii in un argomento, che pure è fondamentale e dovrebb'essere elementare.

62. Reputiamo utile innanzi tutto porre in rilievo un punto, che veramente è accennato, od almeno supposto, in tutte le varie teorie che sopra riferimmo sommariamente; ma del quale ci sembra che non siasi fatta risultare tutta l'importanza che può avere nella risoluzione della questione di cui ci occupiamo.

Questa non può sorgere se non quando la legge non ancora entrata legalmente in vigore, della quale si chiede se nondimeno possa essere volontariamente eseguita, rechi abrogazione o derogazione espressa o tacita a qualche disposizione di legge anteriore, od anche in mancanza di questa, deroghi in qualche modo ai principii generali di diritto. Parifichiamo quest'ultimo caso all'altro di derogazione a testi positivi, perchè i principii generali di diritto debbono essere osservati come leggi quando queste manchino, e in supplemento di esse (art. 3, § u.^{mo}, dispos. prel.).

---

(1) V. Saredo, op. cit., vol. I, n. 119-122.

Se all'opposto una legge, dopo la cui pubblicazione non sia ancora trascorso il termine per renderla obbligatoria, non deroghi in nessun modo, nè ad altre leggi anteriori, nè ai principii generali di diritto, non può esservi certamente alcun ostacolo alla esecuzione anticipata, che taluno consenta a dare a quella disposizione. Prima che essa divenga obbligatoria, rimane nel libero arbitrio d'ognuno ciò che non era nè ordinato nè proibito dalle leggi anteriori, nè dai principii generali di diritto; essendo regola fondamentale che sia lecito tutto quanto non sia dalla legge vietato, e che ciascuno sia libero di fare o di non fare ciò che essa non abbia comandato. Or se taluno preferisce di osservare ciò che è disposto dalla nuova legge, sebbene non ancora divenuta obbligatoria, non usa forse legittimamente di quella libertà che gli spetta secondo lo stato stesso del diritto anteriore?

Nè pertanto in ciò vi è da far distinzione tra leggi *imperative*, e *proibitive;* nè tra leggi d'*ordine pubblico*, e *leggi di interesse privato*. Che una disposizione del legislatore c'imponga, o al contrario ci vieti cosa che pel diritto precedente eravamo liberi di fare o non fare, se prima d'essere tenuti alla osservanza di quella disposizione vi conformiamo volontariamente le nostre azioni, forsechè non facciamo ugualmente in amendue i casi un uso legittimo di quella libertà stessa che appunto per lo stato anteriore del diritto, e fino a che la nuova legge non sia divenuta obbligatoria, ci compete? Sotto quest'aspetto dunque, e limitatamente al caso di leggi che impongano o proibiscano ciò che precedentemente non era nè ordinato nè vietato, ebbe ragione quello scrittore nostro, il quale estendendo anche alle leggi *imperative* ciò che il Merlin avea detto delle *proibitive*, opinò potersi esse tutte validamente osservare, quantunque non siano ancora entrate in vigore (1).

(1) V. Saredo, loc. cit., n. 122.

Quanto alle leggi *permissive*, qualora si assuma l'ipotesi ordinaria, di eccezioni, ch'esse arrechino, ad altre disposizioni generali precettive o proibitive, lasciando la libertà, per un determinato caso speciale, di fare o non fare ciò che negli altri casi sia comandato o vietato (1); è chiaro come non si verifichi la supposizione, su cui attualmente discorriamo, cioè di disposizioni che non deroghino ad alcuna legge anteriore. Allora saranno quindi applicabili invece le osservazioni che avremo a fare appresso intorno ai casi di leggi che deroghino ad altre precedenti. Lo stesso riteniamo parimenti per l'altra ipotesi, d'una disposizione, che a togliere il dubbio risultante da una legge anteriore, dichiari espressamente non estendersi ad un determinato caso il comando o la proibizione che in quella legge si contenga; poichè ad ogni modo è sempre una limitazione alla legge anteriore, che viene apportata dalla nuova disposizione, a meno che questa assuma veramente il carattere d'una legge meramente *interpretativa* (2), nel qual caso non trattandosi in realtà d'una legge nuova, ma d'una disposizione che verrebbe a confondersi colla legge stessa interpretata, non sarebbe possibile negare mai la facoltà di eseguire volontariamente quella disposizione anche prima che fosse divenuta legalmente obbligatoria. — Vi è una terza ipotesi, di leggi che abbiam veduto qualificarsi pure da alcuni come semplicemente *permissive* o *facoltative;* e sono quelle che abbiano per oggetto di regolare i modi d'esercizio di facoltà già esistenti secondo le leggi anteriori. A noi veramente è sembrato che a tali disposizioni sia piuttosto da attribuirsi il carattere d'*imperative* o di *proibitive*, secondo i casi (3). Ma ammesso pure che invece abbiano a qualificarsi come meramente *permissive*, è certo in ogni modo ch'esse cangiano lo stato del diritto anteriore, in

---

(1) V. sopra, n. 11, p. 52, 53.
(2) V. sopra, n. 10, p. 37, ss.
(3) V. sopra, n. 11, pag. 53.

quanto sottopongono a condizioni o forme determinate l'esercizio di facoltà che per le norme legislative precedenti potevano attuarsi, o liberamente in qualunque guisa che meglio piacesse alle parti interessate, od almeno sotto condizioni e forme differenti da quelle nuovamente prescritte. Tuttavia, qualora venga disciplinato, assoggettandolo a condizioni o forme particolari, quell'esercizio di facoltà, che per le norme legislative anteriori era lasciato affatto libero, sarà applicabile la stessa regola che vale per le leggi non deroganti in nessun modo ad altre anteriori, essendovi manifesta identità di motivi. Se nello stato della legislazione anteriore l'esercizio di quella determinata facoltà era libero, senz'alcun vincolo di condizioni o forme particolari, e se nell'intervallo tra la pubblicazione e l'attivazione d'una nuova legge, che prescriva simili condizioni o forme, taluno nell'esercizio di quella facoltà, che gli competa, preferisca di adempire le disposizioni della nuova legge, sebbene non ancora divenuta obbligatoria, egli non fa con ciò che usare legittimamente di quella libertà che gli spettava pel diritto anteriore, secondo il quale poteva esercitare la facoltà sua in qualunpue modo gli piacesse, e quindi anche in quello che la nuova disposizione non ancora divenuta obbligatoria venne poi a stabilire. Ma se invece siano sostituite altre condizioni o forme, diverse da quelle che le leggi precedenti ordinavano, non è possibile dare esecuzione alle nuove disposizioni, prima che siano divenute legalmente obbligatorie, senza mettersi in opposizione colle leggi precedenti, che frattanto rimangono in vigore; e perciò devono pure seguirsi le regole che vedremo essere da stabilirsi pei casi di leggi deroganti ad altre anteriori.

Abbiam detto che neppure la distinzione tra leggi d'ordine pubblico e leggi d'interesse privato può esercitare alcuna influenza nell'applicazione del principio, secondo cui è sempre lecito eseguire volontariamente una legge promulgata e pubblicata, ma non ancora divenuta obbligatoria,

qualora essa non contenga derogazione alcuna a leggi preesistenti. E ciò pure ci sembra di una certezza evidente. L'essere d'ordine pubblico codesta legge non dee fare ostacolo a potersene dagl'interessati affrettare volontariamente l'esecuzione. Al contrario, se essi potrebbero, senza dubbio, conformare anticipatamente le loro azioni ad una legge di ragione privata non ancora divenuta obbligatoria, perchè con ciò non farebbero che disporre appunto dei propri particolari interessi, tanto più deve loro spettare una simile facoltà quando si tratti invece di leggi d'ordine pubblico, poichè la più sollecita attuazione di esse è anzi di interesse generale; ritenuta però sempre, sì nell'uno che nell'altro caso, l'ipotesi che tali leggi non deroghino in verun modo ad altre anteriori, giacchè in caso contrario l'anticipata esecuzione di quelle verrebbe ad offendere le disposizioni di queste, le quali dovrebbero rimanere in vigore finchè le nuove non avessero acquistata forza obbligatoria.

63. Venendo ora all'altra ipotesi, di leggi che apportino abrogazione o derogazione espressa o tacita ad altre, la questione se quelle possano ricevere dagl'interessati una esecuzione anticipata, cioè durante l'intervallo tra la loro pubblicazione e il giorno in cui acquistino obbligatorietà, è stata trattata da alcuni autori in un modo che a noi sembra incompleto, perchè non vi troviamo contemplato che un solo dei vari aspetti in cui tale questione può essere considerata.

I predetti autori pongono il quesito in questi termini: se sia lecito ai privati di approfittare delle disposizioni di una legge tostochè promulgata, sebbene essa non obblighi ancora i cittadini. E cercano la soluzione del dubbio in considerazioni assolute; osservando, che il termine, di cui si esige la decorrenza dopo la pubblicazione della legge, è stabilito non solo per render questa obbligatoria, ma per renderla produttiva di qualunque suo effetto, ancorchè

favorevole; che d'altronde si tratta di un atto indivisibile, di cui non si possono scindere le disposizioni per applicarne una parte e non l'altra, o per applicarle agli uni e non agli altri; nè si può ammettere che taluno approfitti delle disposizioni d'una legge, mentre non sia tenuto delle obbligazioni che ne derivano; dal che tutto conchiudono non potersi dare esecuzione anticipata alla legge stessa, invocando in proprio privato vantaggio i benefizi di qualcuna delle disposizioni ch'essa contenga, innanzi che sia divenuta obbligatoria pel tutto.

Abbiamo già riferite le parole scritte in proposito dal Duranton (1); e nel medesimo senso si esprime pure il Laurent.
" La legge promulgata esiste veramente — osserva que-
" st'ultimo autore — anzi è già *esecutoria*, come lo dichiara
" il Codice civile; ma ciò non significa ch'essa possa *essere*
" *eseguita* a volontà di qualsiasi privato; sibbene soltanto
" che l'esistenza della legge è autentica, ch'essa ha tutti i
" caratteri richiesti per poter essere eseguita. Deriva forse
" da ciò che i cittadini possano farlo fin da quel momento,
" se vi trovino un interesse? Certamente, non si potrebbe
" esigere da loro che la eseguissero; poichè le leggi pro-
" mulgate non sono ancora *obbligatorie*. Se dunque si per-
" mettesse loro d'invocare la legge promulgata in quanto
" attribuisse ad essi un diritto, o procurasse un vantaggio,
" si giungerebbe a quest'assurda conseguenza, che una
" legge verrebbe eseguita anche solo in parte, secondo la
" maggior convenienza dei privati. Essi non vorrebbero
" certo eseguirla in quelle disposizioni che loro impones-
" sero delle obbligazioni, e nondimeno ne reclamerebbero
" i benefizi. È mai concepibile che una legge sia tale per
" una parte delle sue disposizioni, e non lo sia per le altre?
" La legge è un atto indivisibile, è legge pel tutto; ogni sua
" disposizione deve avere l'identica autorità. Invero la legge
" promulgata, ma non pubblicata, non ha ancora autorità;

(1) V. sopra, n. 61, pag. 251.

" essa dunque non può ricevere esecuzione, nè totale, nè
" parziale. La dottrina contraria è in opposizione coll'es-
" senza medesima della legge. Questa si rivolge a tutti; è
" impossibile ch'essa regga gli uni e non gli altri, e finchè
" non ha autorità per tutti i cittadini, non può averla per
" alcuno. Ora, secondo la dottrina oppugnata, la legge sa-
" rebbe tale per quelli che per interesse o per capriccio
" volessero prevalersene, e non sarebbe legge per gli altri;
" ciò è inammissibile „ (1).

Codesti argomenti sembrano a noi pure decisivi, nell'unica ipotesi però che una legge nuova regoli un determinato rapporto giuridico in modo diverso da quello stabilito dalla legge precedente, e taluno pretenda che un tale rapporto, verificatosi prima che la nuova legge divenisse obbligatoria, debba nondimeno essere regolato da questa anzichè dalla legge anteriore. Ad una simile pretensione sarebbe evidentemente giusto l'opporre, che il termine, di cui si richiede il trascorrimento dopo la pubblicazione di una legge, è stabilito, non solo per renderla obbligatoria, ma per renderla produttiva di qualunque suo effetto, ancorchè favorevole; che quindi non è lecito invocarne i benefizi mentre ancora non si è tenuti delle obbligazioni derivanti da essa; che una legge è atto indivisibile, nè perciò si può scinderla per applicarne una parte sola. Ed oltre a tutto ciò, non è forse manifesto che il ritenere facoltativo per una parte di richiedere a fronte altrui l'applicazione d'una determinata disposizione di legge, presuppone che l'osservanza di questa sia obbligatoria per la parte avversa, il che pertanto non è ammissibile innanzichè pel decorso del termine prefisso l'obbligatorietà della legge sia incominciata? Che dunque prima della scadenza di detto termine non possano i privati invocar quella come legge nelle sole parti in cui trovino vantaggio, non pensiamo che possa essere dubbio.

(1) V. Laurent, t. I, n. 26.

Se non che altre ipotesi possono figurarsi.

Taluno conforma senz'altro le proprie azioni ad una legge, derogatoria d'altre precedenti, sebbene non sia ancora divenuta obbligatoria; commette, cioè, un fatto od un atto ch'era vietato dalla legge anteriore, ed è al contrario comandato od almeno permesso dalla nuova; od all'opposto, omette quello che dall'ultima è proibito, mentre era imposto dalla prima. In questi casi non può avere alcuna applicazione il principio della indivisibilità, poichè supponiamo che l'esecuzione data volontariamente alla legge nuova non sia parziale, ma totale; e neppure è opponibile che non sia lecito invocare i benefizi d'una legge quando non si è tenuti ad adempierne, e non se ne adempiono le obbligazioni, giacchè supponiamo eziandio che quanto diverrà obbligatorio per una persona, giunto che sia il decimoquinto giorno dopo la pubblicazione d'una legge, si eseguisca volontariamente dalla persona stessa prima che questo termine sia compito. Nondimeno ad una tale facoltà farebbe ostacolo la considerazione, che fino a quando il detto termine non sia spirato non divenendo obbligatoria la legge nuova, rimane in vigore l'antica, alla quale non può essere legalmente apportata abrogazione o derogazione fuorchè da una legge posteriore, che già abbia acquistata l'obbligatorietà sua; epperò chi, conformandosi anticipatamente all'ultima disposizione non ancora attivata, fa ciò ch'era prima proibito, ed ora viene permesso od anche comandato, od omette cosa che diverrà vietata, in opposizione d'una disposizione precettiva anteriore, viola intanto una legge tuttora esistente, e deve quindi subirne tutte le conseguenze, non altrimenti che se la nuova legge non fosse ancora stata emanata.

Una terza ipotesi può immaginarsi; che, cioè, in un contratto o in un atto siano espressamente o tacitamente dedotte come clausole delle stipulazioni o delle disposizioni ivi contenute tutte o parte delle regole scritte in una legge non ancora divenuta obbligatoria.

In tali casi non è della eseguibilità, o non, di questa legge, che abbiasi a disputare, ma del valore da attribuirsi o negarsi alla convenzione od all'atto in cui ne siano state adottate le regole come patti contrattuali o disposizioni private; al qual valore null'altro potrebbe opporsi fuorchè l'esistenza d'altre leggi anteriori tuttora vigenti, alle quali non fosse lecito di derogare, per attenersi invece nel contrattare o disporre alle norme della legge nuova.

Anche qui difatti è osservabile, che fino a quando la legge ultimamente promulgata non sia divenuta effettivamente obbligatoria, l'anteriore, di cui quella porti l'abrogazione od una derogazione parziale, rimane necessariamente nel pieno suo vigore. E se quella legge anteriore sia tale per natura sua da non potervisi derogare per convenzione o disposizione privata, non può dunque esser lecito di scostarsi dalle norme tuttora obbligatorie di essa, per attenersi invece alle disposizioni della nuova legge non ancora attivata. Ma se, al contrario, la legge anteriore tuttavia vigente sia derogabile dai privati contraenti o disponenti, nulla osterà a poter questi abbandonare le norme di essa per seguire le nuove, accettandole come parte integrante delle loro stipulazioni o disposizioni. Non potrebbero essi — come osserva giustamente un autore — " trascrivere nella loro convenzione o nel loro atto una " legge non ancora promulgata, anzi pure un semplice " progetto non ancora sanzionato, non ancora votato, e " questa convenzione o quest'atto non sarebb'esso perfet- " tamente valido, non già in virtù di una legge che ancora " non esiste, ma pel consenso dei contraenti, o per la vo- " lontà del disponente? „ (1).

Che anzi — rettamente soggiunge uno scrittore nostro — " neppur sarebbe necessario che nel contratto fosse " riprodotto integralmente il testo della legge; baste- " rebbe che le parti vi si riferissero espressamente, colla

(1) V. Laurent, t. I, n. 27.

" dichiarazione che intendono che essa sia la norma obbli-
" gatoria delle loro convenzioni; è chiaro che non potrebbe
" impugnarsi la validità della convenzione „ (1). Intorno a che ci sembra potersi dedurre un argomento efficace dalla disposizione dell'art. 1381 del Codice civile, che nelle convenzioni matrimoniali vieta agli sposi " di *stipulare in*
" *modo generico* che il loro matrimonio sia regolato da con-
" suetudini locali *o da leggi alle quali non sono legalmente*
" *sottoposti* „ poichè se per queste convenzioni speciali, atteso alla loro peculiare importanza, si è reputata necessaria questa proibizione espressa, ciò suppone che per gli altri contratti in generale sia lecita e possa essere pienamente efficace una stipulazione fatta in modo generico, perchè un dato contratto abbia ad essere regolato da leggi alle quali non sia legalmente sottoposto.

Noi poi abbiamo detto potersi tanto *espressamente* che *tacitamente* assoggettare una convenzione o disposizione privata alle regole di una legge non ancora divenuta obbligatoria, qualora la legge anteriore tuttavia vigente sia tale da potervisi derogare appunto per volontà privata; non sembrandoci che siavi ragione alcuna per decampare dal principio che lo stesso valore debba avere la manifestazione implicita come l'esplicita della volontà delle parti, in questa materia di convenzioni o disposizioni private, in cui tutto dipende appunto dalla volontà delle parti stesse, la quale ha forza di legge per loro (art. 1123 Codice civ.), purchè non vi si oppongano disposizioni di legge vigenti e non derogabili. Crediamo quindi che potrebbe bastare l'essere tali le stipulazioni e disposizioni contenute in un contratto o in un atto, da presupporre l'intendimento dei contraenti o del disponente di assoggettare le loro convenzioni o disposizioni alle regole d'una legge non ancora divenuta obbligatoria, perchè tali regole dovessero senz'altro essere osservate; purchè la legge anteriore contenente regole con-

(1) V. Saredo, op. cit., vol. I, n. 121.

trarie o diverse non fosse tale da non potervisi derogare per volontà privata.

Per quanto abbiamo premesso, la possibilità di sottoporre un contratto od atto privato alle norme di una legge non ancora entrata in vigore dipendendo unicamente dall'essere derogabili, o non, le disposizioni della legge anteriore, che fosse abrogata in tutto o in parte da quella; sarebbe quindi da ritenersi — secondo l'articolo 12 delle disposizioni premesse al Codice civile — che quella possibilità si verificasse ogni volta che la legge precedente non fosse *proibitiva*, nè riguardasse l'*ordine pubblico* o *il buon costume*. Già riferimmo, però, una opinione diversa, giusta la quale le sole *leggi dichiarative della volontà delle parti* sarebbero suscettibili d'una esecuzione volontaria prima ancora della loro attivazione legale. E certamente di questa specie di leggi meno che di qualunque altra sarebbe possibile porre in dubbio che sia lecito ai privati di assoggettarvisi volontariamente innanzi il tempo in cui divengano obbligatorie. " È principio certo — fu detto — che il le- " gislatore, mentre formula certe regole in materia di con- " tratti, lascia tuttavia piena libertà alle parti contraenti, " le quali pertanto possono appropriarsi le disposizioni di " una legge nuova anche prima ch'essa sia stata pubbli- " cata. È forse a dirsi per ciò che una tal legge abbia " qualche autorità in questo caso? No certamente; è anche " allora la convenzione, che forma legge tra le parti „ (1). Ma il considerare le leggi dichiarative come le sole che prima della loro attivazione legale possano dedursi in un contratto od atto privato quali regole da osservarsi per consenso delle parti o per volontà del disponente, ci sembra una limitazione non giustificata. Possono esservi leggi, le quali non siano veramente *dichiarative*, e tuttavia lascino luogo a potervi derogare per convenzione o disposizione privata, secondo l'articolo 12 delle disposizioni

(1) V. Laurent, loc. cit.

premesse al Codice civile, perchè nè siano propriamente *proibitive* nel senso accennato dal detto articolo, nè riguardino l'ordine pubblico o il buon costume. Ora, perchè mai dovrebbe reputarsi illecito in codesti casi di derogare a tali leggi, sebbene ancora vigenti, per accettare invece come parti integranti di convenzioni o disposizioni private le regole stabilite da nuove leggi, quantunque non ancora attivate, che appunto derogassero a quelle?

Alcuni infatti degli stessi autori, che professarono la opinione sopraccennata, la motivarono unicamente per la difficoltà di trovare esempi di leggi non semplicemente *dichiarative*, le quali tuttavia fossero, secondo i principii generali, suscettibili di derogazione per convenzione o disposizione privata.

" Sarebbe pure sostenibile in pura teoria — essi dis-
" sero — potersi usare d'una facoltà accordata da una
" legge nuova anche prima del tempo in cui essa diverrà
" obbligatoria, ogni volta che l'esercizio anticipato di tale
" facoltà non fosse nè contraria ai motivi d'ordine pub-
" blico su cui era fondata la legge anteriore, nè di tal na-
" tura da offendere i diritti o gl'interessi altrui. *Ma sa-*
" *rebbe difficile d'indicare esempi d'applicazione di codesta*
" *eccezione alla regola* „ (1).

Ora, la difficoltà di esemplificare non toglierebbe forza al principio, una volta che se ne riconosce l'ammissibilità teorica. Ma oltre a ciò, neppur questa difficoltà sembra dover essere tanto grave quanto si farebbe supporre; potendovi essere non poche leggi, le quali senza essere semplicemente *dichiarative* della volontà delle parti contraenti, siano però d'interesse meramente privato, e sotto tale aspetto derogabili per convenzione o disposizione degl'interessati. Così, supposto che nuove leggi regolassero in modo diverso dalle anteriori le servitù legali, nulla vie-

(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 26, n. 16.

terebbe alle parti di convenire nel loro privato interesse che le nuove disposizioni, quantunque non ancora divenute obbligatorie, dovessero osservarsi per gli atti relativi a tali servitù che avessero a compirsi nell'intervallo in cui rimanessero ancora in vigore le leggi antiche.

Fermo il principio, che sia lecito dare effetto per convenzione o disposizione privata a regole stabilite da nuove leggi non ancora divenute obbligatorie, semprechè le leggi anteriori abrogate totalmente o parzialmente da queste siano suscettibili di derogazione appunto per convenzione o disposizione privata, reputiamo poi evidente non potersi far luogo a distinguere in tale proposito se le nuove leggi siano precettive, o proibitive o permissive. In qualunque caso, basta che alla legge antica tuttora vigente sia lecito derogare nel privato interesse proprio, perchè si possa dare effetto alle regole nuovamente determinate dal legislatore, quantunque non abbiano ancora acquistata forza obbligatoria.

64. Poichè l'attivazione della virtù obbligatoria delle leggi, che è quanto dire dell'autorità di esse, dipende dalla loro notorietà presunta, in seguito alla legale pubblicazione che ne sia stata fatta, ed al trascorrimento del termine prescritto di quindici giorni; ne consegue, che divenute così effettivamente obbligatorie le leggi, nessuno possa essere ammesso ad allegarne ignoranza, allo scopo di sottrarsi alla loro azione, di evitarne gli effetti, di scusarsi del non avervi ottemperato, di sfuggire alle conseguenze della loro inosservanza. Tale, e non altro, è il senso degli antichi dettati: “ *Nemo jus ignorare censetur — Ignorantia juris nemi-* “ *nem excusat* „.

Invero, a che si ridurrebbero i caratteri di assoluta, generale ed uniforme, che si dovettero attribuire alla obbligatorietà delle leggi, qualora i singoli cittadini potessero dispensarsi dalla loro osservanza, od evitare le conseguenze dell'averle trasgredite, coll'allegare di non averle

conosciute? Sotto questo aspetto fu detto egregiamente da un illustre autore: " Se i cittadini potessero allegare l'igno-
" ranza delle leggi, non si potrebbe più dire ch'esse fos-
" sero obbligatorie per la sola loro legale pubblicazione;
" bisognerebbe dire invece che i cittadini non fossero te-
" nuti ad osservarle fuorchè quando le conoscessero, donde
" verrebbe la conseguenza che talvolta le leggi, benchè ob-
" bligatorie, non obbligherebbero effettivamente " (1).

Se non che lo stesso autore restringe poi troppo, a nostro modo di vedere, la portata della massima, che l'*ignoranza della legge non iscusa*, quando la limita " al non potersi al-
" cuno *sottrarre alle obbligazioni dalla legge medesima im-*
" *poste, sostenendo d'ignorarla, mentre la presunzione che la*
" *conosca è assoluta, e non ammette prova contraria* ". In verità, è appena immaginabile che taluno, richiesto dello adempimento d'una obbligazione derivante da disposizione della legge, si rifiuti di prestarvisi sostenendo di non conoscere quella disposizione stessa che viene allegata contro di lui. Ben piuttosto è concepibile, e potrebbe avere qualche aspetto di ragionevolezza, che avendo qualcuno trasgredita una disposizione di legge, ed essendogli chiesto il risarcimento de' danni da ciò derivati, ovvero agendosi contro di lui per farlo dichiarare incorso in una decadenza od in altra penalità minacciata dalla legge stessa, o per far dichiarare una nullità d'atti, od una prescrizione verificatasi, cercasse egli di evitare l'applicazione di queste conseguenze legali derivabili in suo danno dal non avere conformate le proprie azioni ai precetti del legislatore, adducendo di averli ignorati.

Nondimeno, neppure in ciò la scusa dedotta dall'ignoranza della legge sarebbe ammissibile; ed anche in questi rapporti dovrebbe applicarsi il principio che *nocet ignorantia juris*. Adottando la massima contraria, si verrebbe a menomare l'efficacia generale, che ogni legge è desti-

(1) V. Laurent, t. I, n. 23.

nata ad avere, sottraendo alla sua applicazione ed alle sue conseguenze coloro che l'avessero individualmente ignorata; si verrebbe a sostituire indirettamente a quella *notorietà presunta*, che è fondamento della obbligatorietà delle leggi, la conoscenza personale che ne avessero i singoli a cui occorresse di farne l'applicazione. D'altronde, quando è adempito tutto ciò che il legislatore ha richiesto per rendere i suoi precetti generalmente obbligatorii, e si reputa perciò che tutti li conoscano, od almeno abbiano potuto conoscerli, l'ignoranza, che qualcuno abbia individualmente ad allegarne, non può giuridicamente considerarsi come scevra da colpa. In tal senso è giusto il dire che è *assoluta* la presunzione di notorietà della legge, qualora questa sia stata pubblicata nei modi voluti, e sia trascorso il tempo prefisso affinchè divenga obbligatoria; in quanto, cioè, contro una tale presunzione non è sempre ammissibile la prova in contrario pei casi particolari di applicazione, come dovrebbe avvenire qualora si trattasse d'una presunzione legale bensì, ma *semplice*, non assoluta. Tuttavia non è dessa ancora una di quelle presunzioni assolute, le quali non possono essere combattute mai con nessuna prova contraria. Certamente non potrebb'essere impugnata, come dicemmo, allo scopo di sottrarsi all'azione della legge, di contrastarne l'applicazione a casi determinati, o di evitare le conseguenze legali derivanti dall'inosservanza di essa. Ma per altri fini può divenire ammissibile la prova, che taluno proponga, d'avere ignorata una determinata disposizione di legge, non ostante la presunzione generale di sua notorietà.

Esamineremo appresso la questione, se la presunzione predetta debba cedere davanti alla dimostrazione di cause *generali, pubbliche, di forza maggiore*, le quali per straordinarie circostanze abbiano resa impossibile la conoscenza della legge in una determinata parte del territorio dello Stato. Restringendoci attualmente a ciò che riguarda la ignoranza, in cui taluno individualmente sia stato d'una

data disposizione, è facile tuttavia l'immaginare che talvolta l'error di diritto possa essere allegato a tutt'altro oggetto che di ottenere la disapplicazione diretta della disposizione ignorata, rispetto a casi che per se stessi dovrebbero cadere necessariamente sotto l'impero di essa. Ciò può avvenire per due altri scopi diversi; o per contestare gli effetti giuridici d'una convenzione, d'un atto o d'un fatto, che avendo avuto per causa unica o principale un tale errore, debba quindi riguardarsi come inefficace per vizio della volontà; o per approfittare degli effetti legali della *buona fede* dipendente dall'avere agito in conseguenza appunto di quell'errore di diritto. Ora, in nessuna di tali ipotesi potrebb'esservi ragione di applicare la massima *nemo jus ignorare censetur*. Si dovè stabilirla per dare alle leggi la loro piena efficacia, ed è quindi indispensabile l'osservarla rigorosamente ogni volta che si tratti della diretta applicazione delle leggi medesime; ma per ciò stesso, se l'applicazione della legge di cui si allega l'ignoranza non è in questione, se l'errore di diritto si deduce solo come mezzo per dimostrare inefficace una convenzione od un atto, o per poter invocare gli effetti della buona fede, cessa completamente il motivo giustificante di quella massima.

Tale è la ragione per cui la dottrina riconosce che dalla regola *nemo jus ignorare censetur* debba concludersi che a nessuno sia lecito invocare la propria ignoranza personale circa una data disposizione di legge al fine di disapplicarla direttamente rispetto ai casi che vi sono per se stessi necessariamente compresi, di scusarsi d'averla trasgredita, di evitare le conseguenze della inosservanza; non già che l'errore di diritto non possa mai, neppure in altri casi e per altri scopi, essere invocato (1); e tale è in sostanza tutto il fondamento della teoria riguardante *l'ignoranza o l'errore di diritto*, teoria che è tra quelle le

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 28, n° 2; Laurent, t. I, n. 24.

quali hanno data maggiore occasione a dispute, non trovandosi intorno a tale materia che pochissime disposizioni nei Codici.

Abbiamo parlato d'*ignoranza o d'errore di diritto*, attribuendo ad ambedue queste espressioni il significato d'un identico concetto; quantunque veramente non sia da confondersi l'*ignoranza* coll'*errore*, la prima di queste parole denotando una *privazione d'idee o di cognizioni*, mentre l'altra esprime *l'opposizione o la difformità delle nostre idee rispetto alla natura od allo stato reale delle cose*. Una tale distinzione trova perfetto riscontro in relazione *ai fatti;* non potendosi confondere l'ignorare completamente se un fatto sussista o no, col credere che esista in modo contrario o diverso da quello che veramente è. Ma in relazione al diritto, l'ignorare le norme legislative, a cui dovremmo conformare le nostre azioni, conduce necessariamente ad errare, reputando che le azioni stesse siano subordinate a regole diverse — poichè di regola non possono mancare, ed al difetto di leggi positive suppliscono i principii generali di diritto — come l'errore intorno al modo in cui siano regolati determinati rapporti giuridici presuppone necessariamente l'ignoranza delle vere norme legislative alle quali sono soggetti. Da ciò pertanto la relazione tra l'ignoranza e l'error di diritto, tanto intima da confonderli insieme, e da doversi considerare ciò che si dice dell'una come egualmente applicabile all'altro (1).

65. La difficoltà, che accennammo, di questa teoria riguardante l'ignoranza o l'errore di diritto, ha prodotto diversi sistemi di regole proposte per la determinazione dei casi in cui simile errore possa, o non, essere allegato giuridicamente.

Nelle leggi romane erano dettati principii fondamentali, su cui gl'interpreti costruirono le loro dottrine.

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Ignorance*, § 1.

Papiniano aveva detto: “ Juris ignorantia *non prodest* “ *adquirere volentibus; suum vero petentibus non nocet* „ (L. 7, ff. *De juris et facti ignorantia*).

“ Error facti ne maribus quidem in damnis vel com- “ pendiis obest; *juris autem error nec fœminis in com-* “ *pendiis prodest.*

“ Cæterum *omnibus juris error in damnis amittendæ rei* “ *suæ non nocet* „ (L. 8, ff. C. eod. tit.).

E Paolo: “ Regula est, *juris quidem ignorantiam cuique no-* “ *cere*, facti vero ignorantiam non nocere „ (L. 9, ff. C. eod. tit.).

A tali regole si facevano però seguire le eccezioni, ammesse in favore di persone privilegiate, alle quali si rendeva lecito allegare anche l'errore di diritto: le donne, i minori di 25 anni, i soldati. Le donne — secondo la citata legge 8ª — non potevano mai approfittare della ignoranza di diritto *per acquistare*, ma la potevano addurre non solo, come tutti gli altri, per evitare il *damnum rei amittendæ*, ma eziandio, in alcuni casi determinati da leggi speciali, al fine di sottrarsi al *damnum rei amissæ*. I minori, più privilegiati, non erano pregiudicati dall'error di diritto neppur quando si trattasse per loro di *acquistare*, tanto meno poi se volessero soltanto evitare un danno, consistesse esso *in re amittenda* od *in re amissa*. I soldati eran trattati, sotto certi rapporti, col medesimo favore dei minori.

Gl'interpreti assumevano come principio fondamentale, che l'ignoranza di diritto non potesse essere allegata da nessuno, allorchè fosse da attribuirsi a *colpa lata*. E poichè come tale era da riguardarsi l'ignoranza dei *precetti del diritto naturale o delle genti*, o di quelle, tra le disposizioni del diritto civile, le quali non facessero che adottare o confermare tali precetti, ne conchiudevano escludendo assolutamente ogni motivo di scusa dedotto da error di diritto intorno a ciò.

In ordine al diritto civile propriamente detto, distinguevano se si trattasse di disposizioni interessanti l'or-

dine pubblico, o concernenti i meri interessi dei privati tra loro.

Nel primo caso dicevamo inammissibile ogni scusa per ignoranza di diritto, riguardando questa come dipendente da *colpa lata*, salvochè quella ignoranza fosse *involontaria e moralmente invincibile nella sua causa e nella sua origine.*

Nel secondo caso suddistinguevano, se l'error di diritto fosse allegato per procurarsi un lucro e acquistare, o per evitare un danno e non perdere; e dicevano, al lucro, all' acquisto non potere giovar mai l'errore di diritto; esser questo invece allegabile per evitare un danno, purchè consistesse in *re amittenda*, non *in re jam amissa.* Per quest'ultima ipotesi — che avea luogo qualora avendo già perduto ogni diritto sopra una cosa, taluno tendesse a ricuperarla sul fondamento dell' error di diritto, e si verificava più specialmente nella ripetizione dell'indebito — vi era però dissenso di opinioni; ritenendo alcuni che l'ignoranza di diritto non pregiudicasse alla ripetizione del pagato indebitamente, qualora il pagamento eseguito non avesse avuto altra causa fuorchè appunto quella ignoranza; mentre altri sostenevano in contrario, che secondo i testi (L. 10, C. *De juris et facti ignorantia*) fosse assolutamente esclusa la ripetizione dell' indebito pagato per errore di diritto, senza quindi la possibilità di distinguere restringendo una tal regola al caso in cui l'esecutore del pagamento avesse avuta per farlo un'altra giusta ragione, indipendentemente dall' error di diritto.

Quanto poi all'altra ipotesi, dell' allegazione dell' error di diritto per evitare il *damnum rei amittendæ* — che si verificava nei casi in cui, senza essere già spogliato del dominio di una cosa, si fosse in pericolo imminente di perderla, o in forza della obbligazione assunta di consegnarla, o perchè fosse nelle mani d'un terzo possessore — nessuno poteva mettere in dubbio, a fronte della dichiarazione precisa, contenuta nella già citata L. 8, ff. *De juris et facti ignorantia*, che a rimuovere un tal danno

l'ignoranza di diritto poteva essere utilmente addotta. E di ciò si davano diversi esempi. Nonostantechè una persona, credendo per error di diritto che una eredità, alla quale essa era chiamata, spettasse ad un'altra, avesse per più o men lungo tempo lasciata quest'ultima in possesso di tale eredità, non era perciò irricevibile la domanda di rivendicazione. Chi invece per error di diritto erasi ritenuto legittimo erede del defunto, e in conseguenza di ciò aveva, anche per molti anni, percepiti i frutti della successione, senza trovarsene arricchito nel proprio patrimonio allorchè veniva intentata contro di lui la domanda di restituzione, non era tenuto a rendere codesti frutti consumati in buona fede (L. 25, § 6, ff. *De petitione hereditatis*). Chi per error di diritto reputandosi obbligato a dare una cauzione, l'aveva prestata, scoperto l'errore, poteva agire per far liberare il proprio fideiussore (L. 1, ff. *Ut in possessionem legatorum*). E generalmente si conchiudeva affermando che nessuna obbligazione contratta per errore di diritto, e mancante d'ogni altra causa giusta e ragionevole, potesse sostenersi come irrepugnabilmente efficace (1).

In diritto moderno non è più da parlare di privilegi, di cui godano certe persone in rapporto all'allegabilità dell'errore di diritto. Tutti sono ugualmente soggetti in ciò alle identiche regole comuni, senza distinzione dello stato particolare in cui si trovino, sebbene arrecante limitazione di capacità, come per le donne maritate, pei minori emancipati, per gl'inabilitati, per gli assenti. Ma nello stabilire appunto le regole comuni da osservarsi in questa materia, non vi è neppure attualmente perfetta concordia di opinioni.

Vi è un sistema, secondo il quale la determinazione dei casi in cui si possa, o non, allegare l'error di diritto,

---

(1) V. I. Voet, *ad Pand.*, T. III, L. XXII, tit. VI, n. 1-5; Merlin, *Rép.*, v° *Ignorance*, § 1.

si farebbe dipendere unicamente dalla distinzione tra leggi d'ordine pubblico e leggi d'interesse privato; ed ecco il ragionamento su cui tale sistema si fonderebbe. Dopo aver premesso che le leggi, dacchè sono pubblicate, obbligano i cittadini ancorchè questi di fatto le ignorino, l'autore prosegue dicendo:

" In questo senso si può dire, col Portulis, che l'igno-
" ranza di diritto non scusa. Ma questa regola non è
" assoluta, nè significa che non si possa mai invocare
" l'error di diritto. Per determinare il vero senso della
" presunzione, in virtù di cui la legge pubblicata si re-
" puta conosciuta, è d'uopo comprender bene i motivi
" sui quali essa è fondata. Le leggi, per loro essenza,
" obbligano tutti i cittadini; non sarebbe possibile la
" società, se le leggi non avessero una forza obbliga-
" toria indipendentemente dalla ignoranza, dal capriccio
" o dal mal volere di coloro che debbono osservarle.
" Da ciò deriva che la nostra presunzione è fondata in
" un interesse sociale. Qualora vi sia un interesse sociale
" in questione, i cittadini non possono prendere a pre-
" testo l'ignoranza della legge. Ma se si tratta invece di
" una legge d'interesse privato, di rapporti fra partico-
" lari, non si può più dire che abbia assolutamente da
" presumersi conosciuta da essi la legge, e che l'igno-
" ranza di diritto non possa scusarli. In tal senso la
" massima predetta è applicata dalla giurisprudenza. Così
" la Cassazione ha deciso che l'ignoranza della legge non
" può far esimere un cittadino dalle pene pronunciate
" per contravvenzione al servizio della guardia nazionale.
" Ma in materia di contratti, si ammette che le parti
" possano invocare l'errore di diritto, non meno che lo
" errore di fatto „ (1).

Confessiamo però, quanto a noi, di non aver saputo persuaderci della concludenza di codesto ragionamento. Che

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 24, pag. 62.

la presunzione di notorietà e la conseguente obbligatorietà generale delle leggi regolarmente pubblicate si fondi sopra motivi d'interesse sociale, non è da dubitarne. Ma da una tale premessa non sembra giustificata la deduzione, che secondochè una legge sia d'ordine pubblico o d'interesse privato, si debba assolutamente escludere nel primo caso, ed al contrario ammetter sempre nel secondo l'allegabilità dell'errore di diritto. Chè anzi, se l'esser fondata sopra un interesse sociale la presunzione, che la legge pubblicata sia conosciuta da tutti, dovesse avere per conseguenza necessaria di non potersene mai per veruno scopo allegare l'ignoranza da alcuno, ciò dovrebbe verificarsi ugualmente ed indistintamente per tutte le leggi, fossero poi d'ordine pubblico o d'interesse privato; giacchè anche per queste ultime è d'interesse della società intera la presunzione di notorietà e la conseguente obbligatorietà generale di esse, quando ne sia stata fatta la pubblicazione, e dopo sia trascorso il termine prefisso. Senza una tale presunzione, infatti, nessuno sarebbe sicuro nei propri diritti, quantunque guarentiti da leggi regolarmente pubblicate, mentre l'applicabilità di queste nei casi particolari verrebbe a dipendere dalla conoscenza individuale, che ne avessero, o no, avuta coloro a cui venissero opposte.

Se non che l'interesse sociale, di cui parliamo, consiste veramente nell'applicazione diretta d'ogni legge ai casi particolari in essa compresi, indipendentemente dalla notizia che di fatto ne abbiano avuta o no le singole persone che debbono osservarla; consiste nell'impedire che all'azione della legge medesima possa alcuno sottrarsi, esimendosi dalle obbligazioni che impone, scusandosi di non averla osservata, sfuggendo le conseguenze della trasgressione; ma non consiste nel costringere i privati a subire irreparabilmente gli effetti di contratti o di atti a cui abbiano consentito per solo errore di diritto, nè nel privarli della protezione che la legge accorda per

certi rapporti giuridici alla buona fede, sebbene questa sia derivata dall'ignoranza d'una disposizione di legge, anzichè da un errore di fatto.

Così, per darne qualche esempio che si limiti ai casi di disposizioni di legge concernenti i meri rapporti privati, è senza dubbio d'interesse sociale che niuno possa sottrarsi agli effetti ed alle conseguenze obbligatorie, che la legge assegna ai contratti, ai quasi-contratti od a certi altri fatti volontari, scusandosi coll'errore di diritto. Quale sicurezza potrebb'esservi nelle contrattazioni, e generalmente negli affari privati, se fatta, per esempio, una convenzione senza regolare particolarmente determinati rapporti, una delle parti potesse negare all'altra l'adempimento delle obbligazioni stabilite per disposizioni di legge circa i rapporti medesimi, allegando di avere ignorate tali disposizioni? Considerazioni simili possono pure applicarsi ai quasi-contratti, ai delitti, ai quasi-delitti, ed alle obbligazioni stesse derivanti direttamente ed unicamente dalla legge. Chi avendo volontariamente assunto un affare altrui, avesse trascurato di continuarne la gestione dopo la morte dell'interessato fino a che l'erede avesse potuto assumerne la direzione, non sarebbe certamente esonerato dalla responsabilità dei danni derivati dalla sua negligenza per avere ignorata la disposizione dell'art. 1142 del Codice civile. Il padre, il tutore, il padrone o committente dovrebbero rispondere dei danni prodotti dal fatto dei loro figli minori od amministrati abitanti con essi, dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui li avevano destinati, sebbene non sapessero di esser tenuti a ciò pel disposto dell'art. 1153. Chi avendo trasgredite le prescrizioni del Codice relative alle distanze da osservarsi nelle costruzioni e piantagioni e negli scavi verso un fondo altrui, fosse richiesto dal vicino di distrugger le opere illegalmente fatte, od anche, secondo i casi, di risarcire i danni, non potrebbe certamente difendersi allegando l'ignoranza in cui era di codeste disposizioni.

E tutto ciò, quantunque in ognuno dei casi accennati si tratti veramente di leggi di solo interesse privato; perchè nondimeno essendo gli effetti obbligatorii immediati di codeste leggi, o le conseguenze dirette della inosservanza di esse, che si vorrebbero evitare mediante l'allegazione dell'error di diritto, questa non potrebbe ammettersi senza offesa dell'interesse generale della società; il quale esige che le leggi divenute generalmente obbligatorie abbiano tutta la loro efficacia indipendentemente dalla conoscenza individuale che taluno possa per caso addurre di non averne avuta. Ben s'intende che tanto più dovrebbe applicarsi la stessa massima, qualora si trattasse invece di leggi d'ordine pubblico. Così, per esempio, il tutore, che avendo un credito verso il minore, non lo avesse dichiarato prima che cominciassero le operazioni dell'inventario, non ostante che ne fosse stato interpellato (art. 285 Cod. civ.), non potrebbe evitare la decadenza d'ogni suo diritto, inflittagli dall'articolo 286 Codice civile, offrendosi di provare che ignorava questa legge; nè lo stesso tutore, nè il protutore potrebbero sfuggire la responsabilità dei danni e l'applicazione della multa, secondo l'articolo 1984, qualora avessero ommesso d'iscrivere l'ipoteca legale spettante al minore od all'interdetto, adducendo di non aver conosciuto ciò che era stabilito dall'articolo 1983 Codice civile.

Ma quando non si tratta di disapplicare una disposizione di legge rispetto ai casi in essa compresi, quando l'ignoranza di quella legge viene addotta, non per evitarne gli effetti, per esimersi dalle obbligazioni che ne derivano o dalle conseguenze della inosservanza di essa, ma solo per dimostrare che si consentì o si agì per errore, e far quindi dichiarar nullo il contratto o l'atto, a cui, per dargli vita giuridica efficace, manca il requisito essenziale d'un consenso valido, ovvero per provare che si agì in buona fede, ed invocare i benefizi che per questa sono accordati dalla legge; allora non è certo da pensarsi che vi sia interesse

sociale di costringere il privato ad eseguire un contratto od a subire le conseguenze d'un atto o d'un fatto, a cui non sarebbesi determinato senza l'errore che ve lo indusse, o di privarlo dei benefizi attribuiti alla buona fede, mentre questa si verificò realmente da parte sua; e ciò unicamente per tener ferma la presunzione che anche quel privato abbia conosciuta la legge regolarmente pubblicata, non ostante la verità contraria, e non ostante che non si questioni dell'applicazione e degli effetti di quella legge stessa. Tutto ciò riesce senza dubbio tanto più evidente allorchè l'errore siasi aggirato intorno a leggi d'interesse privato; ma non è meno fondato, anche rispetto a quelle d'ordine pubblico. Sarà discutibile se l'essere d'ordine pubblico le leggi, intorno alle quali si alleghi l'errore, renda più difficile, od anche in taluni casi escluda affatto l'ammissibilità di tale scusa, secondo l'insegnamento, che sopra riferimmo, dell'antica dottrina; e questo sarà argomento di cui ci occuperemo appresso; ma l'idea di escludere assolutamente sempre l'allegabilità dell'errore di diritto, per ciò solo che la legge a cui esso riguardi sia d'ordine pubblico, non pare, per le predette ragioni, da accogliersi.

L'inesattezza di questa teoria, che fa dipendere assolutamente l'allegabilità, o non, dell'errore di diritto, dall'essersi esso verificato circa leggi d'interesse privato, o circa leggi d'ordine pubblico, ci sembra poi che sia resa tanto più manifesta da altre due considerazioni: la prima, che gli esempi dati per l'applicazione della teoria medesima, non servono a confermarla, ma trovano la loro spiegazione in altri ordini d'idee; la seconda, che l'illustre autore, da cui quella dottrina è professata, è costretto egli stesso a contraddirla in qualche applicazione, ed in altre la contraddice il legislatore con espresse disposizioni.

Per dimostrare con un'applicazione pratica come *i cittadini non possano mai prendere a pretesto l'ignoranza della legge, quando vi sia un interesse sociale in causa,* il Laurent ricorda una decisione della Cassazione francese, la quale

ritenne *non potersi per error di diritto esimere un cittadino dalle pene stabilite per contravvenzione al servizio della guardia nazionale.* Ora, questa massima, giustamente adottata dalla Cassazione, è anzi da estendersi parimente a qualunque violazione d'una legge penale, a cui nessuno potrebbe sottrarsi invocando un error di diritto, ma solo rimarrebbe ai giudici di apprezzare in fatto la colpabilità dell'imputato, la quale, secondo il grado di discernimento di lui, potrebb'essere attenuata, od anche tolta affatto dalla ignoranza della legge positiva. Però in tale ipotesi è appunto l'applicazione diretta della legge medesima, che si vorrebbe evitare allegando di non averla conosciuta; e pertanto in codesto esempio trovasi la conferma della teoria insegnata da altri autori, e della quale abbiamo già riferiti nel numero precedente i principii fondamentali, anzichè di quella che per determinare quando si possa invocare l'errore di diritto si appoggia unicamente alla distinzione tra leggi d'ordine pubblico e leggi d'interesse privato.

Come esempio dell'altra regola, che l'ignoranza del diritto valga di scusa quando riguardi a leggi di semplice interesse privato, lo stesso autore cita la massima ammessa pacificamente in materia di contratti, che le parti possano invocare l'errore di diritto non meno che l'errore di fatto. Questa massima, per altro — che nel Codice italiano fu proclamata espressamente nell'art. 1109 — non è già stabilita in omaggio alla pretesa regola che in materia d'interesse meramente privato l'error di diritto valga di scusa e possa quindi a tale titolo essere invocato, ma dipende da un'altra considerazione fondamentale; che, cioè, quando la causa unica o principale determinante ad un dato contratto sia consistita in un errore di diritto, ne rimane viziato il consenso prestato dalla parte che errò, la quale pertanto può per tale motivo chiedere la dichiarazione di nullità del contratto medesimo.

Che poi la teoria di cui parliamo non si accordi perfettamente colle massime adottate dallo stesso autore che

la professa, sovra qualche punto in cui quella dottrina dovrebbe trovare applicazione; e che per altra parte sia in contraddizione con qualche disposizione espressa del Codice; ci sembra facile dimostrarlo.

Non sarebbe possibile porre in dubbio che siano d'ordine pubblico le leggi regolatrici del contratto di matrimonio. Secondo quella teoria, pertanto, supposto che un matrimonio fosse dichiarato nullo per violazione di tali leggi, non dovrebb'essere invocabile la disposizione che al *matrimonio putativo* attribuisce gli effetti civili del matrimonio valido, tanto in riguardo ai coniugi che ai figli (art. 201 Cod. franc. — 116 Cod. it.) qualora la *buona fede* nell'aver contratto tale matrimonio si fondasse appunto sull'avere ignorate le disposizioni di legge prescriventi certe condizioni o certe forme sotto pena di nullità; perchè l'errore di diritto cadrebbe in questo caso sopra *leggi d'ordine pubblico.* Eppure molti ritengono — e lo stesso signor Laurent lo propugna strenuamente — che anche l'errore di diritto sia allegabile per dimostrare la buona fede con cui sia stato contratto il matrimonio, e mantenerne quindi gli effetti civili non ostante la dichiarazione di nullità di esso (1).

Al contrario, una transazione non può mai essere impugnata per causa di errore di diritto (art. 2052, § 2° Cod. franc. — 1772, § 2° Cod. it.), sebbene codesto errore possa versare, e versi anzi più spesso, intorno a leggi d'interesse privato. È vero che questa disposizione circa le transazioni deroga alla massima generale relativa ai contratti, i quali possono essere impugnati per vizio di consenso, non solo in causa di errore di fatto, ma eziandio di error di diritto (art. 1110 Cod. franc. — 1109 Cod. it.): ed è vero ancora che il Laurent censura codesta disposizione eccezionale come determinata da un semplice

---

(1) V. Laurent, T. II, n. 504, pag. 636.

equivoco, e come irrazionale (1). Ma se anche dovesse aversi per giusta codesta critica — su di che avremo forse a dire qualche parola più oltre — non sarebbe men vero che la teoria, secondo la quale l'error di diritto dovrebbe esser sempre allegabile qualora riguardasse leggi di mero interesse privato, non si accorderebbe colla disposizione ora ricordata del legislatore.

Da tutto ciò crediamo pertanto di poter conchiudere, che la distinzione tra leggi d'interesse privato e leggi di ordine pubblico non sia da adottarsi come criterio unico per determinare quando sia lecito allegare l'error di diritto, e quando no; che talvolta non si possa addurre neppure l'ignoranza di leggi d'interesse privato, qualora lo scopo di tale allegazione sia di porre ostacolo all'applicazione diretta delle leggi medesime; che all'opposto sia lecito talora invocare l'error di diritto anche intorno a leggi d'ordine pubblico, se ciò si faccia all'unico intento di dimostrare l'inefficacia giuridica d'un contratto, d'un atto o d'un fatto consentito o compiuto sotto l'influenza determinante di tale errore, o di provare la propria buona fede per giovarsi dei benefizi accordati in proposito dalla legge.

Vi è un altro sistema, di cui esponemmo i concetti fondamentali nel numero precedente, al quale dovemmo poi riferirci ripetutamente anche in questo, e che senza occuparsi del carattere particolare delle leggi, intorno alle quali venga allegato l'errore — siano poi esse, cioè, d'ordine pubblico o d'interesse privato — prende invece a considerare lo scopo a cui sia diretta una tale allegazione; respingendola se tenda ad impedire l'applicazione diretta della legge a fatti giuridici, che per se stessi cadano necessariamente sotto l'impero di essa; ed ammettendo invece una tale allegazione qualora con essa non si venga ad opporsi agli effetti propri della disposizione di legge di

---

(1) V. Laurent, t. XXVIII, n. 405, 406.

cui si adduca la ignoranza, ma solo se ne tragga ragione per invocare l'applicazione d'altra legge, la quale abbia per oggetto di riparare alle conseguenze d'un errore, o di proteggere la buona fede.

Per maggiore esattezza, riferiremo le parole testuali in cui questa teoria è stata formulata.

" Le leggi regolarmente promulgate sono obbligatorie, " anche per coloro che di fatto ne abbiano ignorate le " disposizioni.

" Da questa proposizione si deve conchiudere, che niuno " può essere ammesso ad invocare la propria ignoranza " per iscusarsi della inosservanza della legge, e per farsi " liberare dalle conseguenze di questa inosservanza.

" Così, chi è convenuto pei danni-interessi, a cagione " dell'inadempimento d'una obbligazione legale, non può, " per respingere l'azione, prevalersi della circostanza che " egli non conosceva la legge oppostagli. Così pure, quando " una legge pronuncia una decadenza, una prescrizione, " una nullità, od una penalità qualsiasi, chi non si è " conformato ai precetti della legge stessa, non può, per " evitarne l'applicazione, prendere a pretesto la propria " ignoranza. Tale è il senso della massima: *nocet ignorantia juris*.

" Al contrario, qualora si tratti d'applicare una legge, " il cui oggetto sia di protegger coloro che abbiano agito " per solo errore, o di favorir quelli che abbiano agito " di buona fede, si può essere ammessi — salvo dispo- " sizione di legge in contrario — ad invocare l'error di " diritto, non meno che l'errore di fatto.

" Così, si può chiedere l'annullamento d'una conven- " zione, o la restituzione d'un pagamento, allorchè codesti " atti giuridici derivino da un errore, sia poi di diritto " o di fatto. Così ancora, per istabilire la propria buona " fede in materia di matrimonio putativo, di percezione " di frutti, di prescrizione, è lecito prevalersi dell'errore " di diritto, come dell'errore di fatto.

" In queste ipotesi, la regola, che niuno si reputa igno-
" rare la legge, non può essere di ostacolo ad ammettere
" la prova dell' error di diritto allegato da una delle
" parti „ (1).

Le osservazioni che abbiamo fatte nel numero precedente corrispondono appunto sostanzialmente a questa teoria, che reputiamo preferibile alle altre già riferite.

Notiamo solo, che abbiam creduto necessario di presentarla sotto una forma più ampia.

La proposizione dei lodati autori, relativa ai casi in cui sia invocabile l'error di diritto, si limita a quando si adduca l'ignoranza d'una legge *al fine di dar luogo all'applicazione d'un'altra legge* diretta a protegger coloro che abbiano agito per solo errore, od a favorire chi abbia operato in buona fede; e gli esempi citati dagli autori stessi per l'applicazione della loro teoria, sono appunto di casi in cui si adduce l'error di diritto per potersi giovare delle *disposizioni espresse*, che ammettono l'azione in nullità dei contratti, se il consenso è viziato per errore, che parimente per errore danno luogo alla ripetizione dell'indebito pagamento, che attribuiscono gli effetti civili al matrimonio putativo, che concedono al possessore di buona fede di far propri i frutti percetti, che stabiliscono, pure a vantaggio del possessore di buona fede e con giusto titolo, una prescrizione acquisitiva più breve dell'ordinaria di trent'anni. Or questa è sembrata a noi una limitazione da non adottarsi; potendovi essere — come forse risulterà da quanto diremo appresso — alcuni casi nei quali non si tratti veramente di *applicare una legge espressa* in favore di chi abbia agito per solo errore o in buona fede, e nondimeno non sia da ritenersi esclusa l'invocazione dell'error di diritto. Perciò preferimmo di dirla ammissibile generalmente in tutti i casi, in cui sia dedotta per contrastare l'efficacia giuridica di qualunque conven-

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 28.

zione, atto o fatto, effettuatosi sotto l'influenza determinante dell'error di diritto, che ne sia stato la causa unica o principale, ovvero per approfittare degli effetti legali della buona fede.

66. Stabiliti così i principii fondamentali, che reputiamo doversi seguire in questa materia, crediamo però non superfluo l'esaminare eziandio se nell'applicazione di tali principii possano esercitare qualche influenza alcune delle massime professate nelle altre teorie, che abbiamo sopra riferite.

La distinzione tra leggi d'ordine pubblico e leggi d'interesse privato, se non può servire di criterio esclusivo per discernere i casi in cui sia o non sia allegabile l'error di diritto, può almeno avere qualche utile applicazione in questo argomento?

Devesi osservare anche in diritto moderno la regola dettata da Papiniano che: *Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus?*

Devesi osservare l'altra massima dello stesso giureconsulto, secondo cui l'error di diritto non nuoce, ed è quindi allegabile, *in damnis amittendæ rei suæ*, ma nuoce, epperò non può essere invocato, *in damnis rei amissæ?*

Al primo di questi quesiti rispondono già in parte le riflessioni che abbiamo fatte nei due numeri precedenti.

Quando si tratti dell'applicazione diretta d'una disposizione di legge, la quale applicazione si voglia contrastare per evitare gli effetti di quella disposizione, per sottrarsi alle obbligazioni che ne derivano, alla responsabilità ed alle conseguenze della trasgressione, l'allegare l'ignoranza non può mai essere lecito, sia che si tratti di leggi d'ordine pubblico o d'interesse privato. Già ne rilevammo l'esempio nell'ordine di leggi che più manifestamente si attengono ai semplici rapporti pecuniari tra privati, di quelle cioè che regolano gli effetti dei contratti e le obbligazioni che ne derivano. È indubitabile, infatti, che

nessuna allegazione d'error di diritto potrebbe valere ad esimere una delle parti dalle conseguenze assegnate dalla legge ad un contratto validamente formato. L'error di diritto potrebbe addursi efficacemente per far dichiarare la nullità del contratto, di cui quell'errore fosse stato la causa unica o principale (art. 1109 Cod. civ.). Ma se non concorrono gli estremi dell'annullabilità, il contratto deve produrre tutti gli effetti che la legge determina, qualora non vi sia stato derogato per volontà delle parti contraenti; e niuna di esse potrebbe evitare di subirli allegando di avere errato in diritto, perchè con ciò si opporrebbe direttamente all'applicazione della legge, ed a quello scopo di interesse sociale che ne ha fatto stabilire la presunzione di notorietà e la obbligatorietà generale (1).

Ma se invece s'invochi l'error di diritto al solo fine di contestare la efficacia giuridica d'una convenzione, di un atto o d'un fatto, di cui quell'errore sia stato la causa unica o principale, ovvero di giovarsi degli effetti legali della buona fede, che sia derivata dall'errore medesimo, esso può essere addotto efficacemente, per regola generale, non solo quando abbia versato intorno a leggi di semplice interesse privato, ma eziandio di ordine pubblico. Nessuna influenza può infatti attribuirsi, generalmente, all'essere l'uno piuttostochè l'altro il carattere della legge che si è ignorata, dal momento che non si ha altro intento che di dimostrare viziato per errore il consenso prestato, o realmente esistente la buona fede; e il vizio del consenso e la buona fede si verificano ugualmente per effetto dell'errore in cui si è agito, sia poi che esso abbia riguardato a leggi d'ordine pubblico o d'interesse privato. Un esempio evidente ne abbiamo infatti già notato nel *matrimonio putativo;* nel quale, sebbene lo errore, per cui le parti od una di esse contrassero nullamente il matrimonio credendolo valido, riguardi neces-

(1) V. Bressolles, *Revue de législation*, t. 18, p. 163.

sariamente a leggi d'ordine pubblico, pure la buona fede è da ammettersi — secondo l'opinione preferibile — per gli effetti stabiliti negli articoli 201 del Codice francese, 116 del Codice italiano.

E parimente l'articolo 1109 del nostro Codice dichiara espressamente nulli i contratti, dei quali sia stata causa unica o principale un *errore di diritto*, senza distinguere se questo concerna leggi d'ordine pubblico anzichè d'interesse privato.

Tutto ciò, per altro, dimostra bensì che la predetta distinzione non può assolutamente avere alcuna influenza nella prima delle suaccennate ipotesi, in cui si tenda alla diretta disapplicazione d'una disposizione di legge, non essendone mai a tale scopo allegabile l'ignoranza, ancorchè si tratti di legge di semplice interesse privato; dimostra del pari che nell'altra ipotesi, in cui s'impugni l'efficacia giuridica d'un contratto, d'un atto o d'un fatto, siccome determinati da un error di diritto, che ne sia stata la causa unica o principale, o sul fondamento di un tale errore s'invochino gli effetti legali della buona fede, l'allegabilità dell'ignoranza della legge costituisce la regola generale, anche pel caso in cui la legge ignorata sia d'ordine pubblico; ma non vale ad escludere che in quest'ultimo caso si renda più difficile ammettere che la ignoranza della legge siasi di fatto verificata, ed abbia potuto produrre le conseguenze che si vorrebbero farne dipendere; e neppure esclude che di qualche speciale categoria di leggi d'ordine pubblico sia per eccezione affatto inammissibile che si adduca l'ignoranza.

Un'antica dottrina, che avemmo a ricordare superiormente, insegnando la massima che l'ignoranza di diritto non potesse scusare quando versasse intorno a leggi, appartenenti bensì al diritto civile propriamente detto, ma che interessassero l'ordine pubblico, la limitava col dire che " l'ignoranza del diritto civile-pubblico sarebbe " un giusto motivo di scusa, qualora fosse involontaria

“ o invincibile nella sua causa e nella sua origine „ soggiungendo inoltre che “ queste parole *involontaria* e “ *invincibile* non dovessero essere intese a tutto rigore „ e che “ per giudicare della possibilità d'istruirsi intorno “ a quelle leggi, e della diligenza che dovesse essersi “ usata a tal fine, fosse da considerarsi ciò che si può “ o non si può moralmente; avendo in tale apprezza- “ mento i debiti riguardi per l'umanità in generale, per “ la natura delle cose di cui si tratta, e per il carattere “ e lo stato della persona in particolare „ (1). Ora, pare a noi che codeste riflessioni d'un grande giureconsulto possano essere assunte come guida utilissima nell'applicare il principio, che l'error di diritto è allegabile anche intorno a leggi d'ordine pubblico, quando ciò non si faccia a scopo d'una diretta disapplicazione delle leggi medesime.

È indubitabile che di fatto giungano più facilmente a notizia di tutti le leggi d'interesse generale, d'ordine pubblico, che non quelle da cui siano regolati minuti rapporti particolari d'interesse meramente privato tra i cittadini. Per le prime si aggiunge dunque alla presunzione legale di notorietà una presunzione naturale, che giustifica un maggior rigore nell'apprezzare le circostanze, da cui possa dedursi l'accertamento dell'error di diritto, e l'ammissibilità delle relative conseguenze. Non è quindi soverchio il dire che in tali casi l'ignoranza del diritto debba essere *invincibile*, quando ciò s'intenda in quel senso meramente relativo ch'è spiegato dall'autore, quando cioè si giudichi della possibilità od impossibilità morale, in cui taluno siasi trovato di conoscere una determinata legge d'ordine pubblico, tenuto conto, non solo di considerazioni generali, ma eziandio della natura dell'affare di cui si tratti, e dello stato e delle condizioni particolari della persona.

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Ignorance*, § I, n. III.

Nella giurisprudenza nostrale fu inoltre proclamata una massima, secondo la quale tra le leggi d'ordine pubblico ve ne sono alcune, la cui ignoranza non può essere allegata mai; cioè le *leggi di diritto pubblico* propriamente dette (1). Trattavasi d'un pagamento, la cui validità contestata volevasi sostenere allegando di avere agito *in buona fede* pagando alla Camera Apostolica in Roma un canone, che il Demanio nazionale reclamava come scaduto dopo che si era costituito in Ferrara il Governo provvisorio. E la Corte di cassazione di Torino considerò che " l'errore allegato era pura ignoranza di diritto, che " non scusava, *imperocchè quell'errore versava intorno a* " *ciò che per diritto pubblico e delle genti era stabilito a* " *riguardo della sovranità e dei vari modi dell'esercizio di* " *essa*, che al Governo provvisorio appartenevano, ed era " escluso da una presunzione *juris et de jure* affatto con- " traria „ (2). Una tal massima sembra infatti giustificabile pel motivo, che l'ignoranza di *leggi di diritto pubblico* è da riguardarsi come dipendente da *colpa lata*, la quale per gli effetti giuridici viene equiparata al *dolo;* ond'è che niuno può essere mai ammesso per qualsiasi scopo ad allegarla.

La regola stabilita da Papiniano " *Juris ignorantia non* " *prodest adquirere volentibus* „ è ritenuta da alcuni giuristi applicabile anche in diritto moderno, come quella che ha fondamento in motivi di manifesta giustizia.

Quanto si giustifica che l'error di diritto possa allegarsi a scusa per evitare un danno, per conservare il proprio o non perderlo, altrettanto sarebbe irragionevole che si adducesse quell'errore a scopo di lucro, per acquistare, per aumentare il proprio patrimonio a detrimento dell'altrui. Si aggiunga che quando l'errore cada intorno a quella medesima legge, dalle cui disposizioni avrebbe

---

(1) V. sopra, n. 8, pag. 22, 23 — n. 9, pag. 26-28.
(2) V. Decisione 1° luglio 1869 — *Giur. It.*, vol. XXI, pag. 419.

causa l'acquisto che si pretende di fare, è manifestamente dell'applicazione diretta d'una tal legge che viene a trattarsi; e sarebbe inconcepibile che si potesse disapplicarla, od applicarla diversamente da ciò che portano le sue disposizioni, solo perchè intorno ad esse taluno avesse errato. Nè certamente potrebb'essere ascoltato, per esempio, colui che per errore intorno alle leggi da cui debba essere regolata la devoluzione d'una successione, essendosi posto in possesso dei beni ereditari, pretendesse di far valere codesto suo errore come mezzo di difesa contro la petizione di eredità che i veri aventi diritto esercitassero prima che fosse compita la prescrizione; nè colui che avendo posseduto un bene per tempo minore di quello necessario onde acquistarlo per prescrizione, volesse giovarsi del proprio errore per opporre una prescrizione più breve, che avesse creduta sufficiente.

Ma la difficoltà può sorgere allorchè l'errore allegato verta circa un'altra legge, che non sia quella da cui dipenda l'acquisto del diritto che si vuol far valere; ed era appunto a questo caso specialmente che i giureconsulti facevano applicazione della regola *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus*. Dicevano infatti che in virtù di questa massima l'error di diritto non poteva mai servire alla prescrizione; come del resto era deciso in termini formali dalla L. 4, ff. *De juris et facti ignorantia*: " Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti " vero ignorantiam prodesse constat „ e come ne somministravano esempi le altre leggi, 31, ff. *De usurpationibus et usucapionibus*, e 2, § 15, ff. *Pro emtore*. È però da avvertire che nei casi contemplati da quelle leggi l'error di diritto si supponeva veramente riguardare *il titolo* stesso in virtù di cui si pretendeva di acquistare per usucapione. Trattavasi di chi aveva comperato da un pupillo un bene di cui questo non era proprietario, senza l'autorità del tutore, ignorandone la necessità; e si decideva non potersi usucapire contro il vero proprie-

tario. In diritto romano il *titolo putativo* era per alcuni casi equiparato al titolo legittimo; ma *l'error di diritto* non si riguardava qui come sufficiente per dar fondamento ad un titolo putativo.

Nel diritto nostro attuale, invece, per la prescrizione decennale acquisitiva della proprietà o di diritti reali su beni immobili richiedendosi, come condizione distinta da quella della *buona fede*, l'altra della esistenza reale d'un *titolo abile a trasferire quella proprietà o quel diritto*, è certo non potersi considerare come equivalente un titolo semplicemente *putativo*. D'altra parte l'articolo 2137 del Codice civile esige che il titolo, oltre d'essere stato debitamente trascritto, *non sia nullo per difetto di forma;* parole queste che si riferiscono ai casi di *nullità assoluta* degli atti non rivestiti delle forme solenni richieste dalla legge — come pei testamenti e per le donazioni — non ai casi di *nullità semplicemente relativa*, ancorchè dipendente da inosservanza delle forme abilitanti prescritte nell'interesse di persone incapaci, quali sono i minori; perchè ciò non toglie che un giusto titolo realmente esista, quantunque sia impugnabile per nullità relativa da parte soltanto dell'incapace e nell'interesse di lui. Poichè dunque in casi simili a quelli a cui riguardavano le citate leggi romane, l'acquirente che avesse un titolo, benchè annullabile per inadempimento delle forme prescritte nell'interesse dei minori, potrebbe far valere questo titolo come fondamento di prescrizione acquisitiva decennale contro il terzo che fosse il vero proprietario dell'immobile acquistato, senzachè questo terzo potesse, per difendersi dalla prescrizione stessa, contestare l'efficacia di quel titolo, appunto perchè la nullità di esso è unicamente *relativa al minore;* è ben chiaro che all'acquirente predetto non potrebbe neppure accadere il bisogno di addurre, per giovarsi della prescrizione decennale, l'error di diritto in cui si fosse trovato relativamente alla validità del titolo stesso. Questo bisogno non potrebbe

verificarsi per lui fuorchè allo scopo di stabilire la propria *buona fede* — altra condizione indispensabile, secondo il citato art. 2137 Codice civ., per dar luogo alla prescrizione acquisitiva decennale — ed allora l'errore di diritto allegato non potrebbe riguardare il titolo stesso d'acquisto di chi invoca la prescrizione, ma quello dell'autore di lui. Fingasi che il possessore d'un immobile abbia un giusto titolo d'acquisto, valido tanto intrinsecamente che per la forma, ma il titolo di proprietà dell'alienante consista nell'acquisto ch'egli abbia fatto di quell'immobile da un minore o da altra persona incapace, senza le debite formalità, e che all'azione di rivendicazione proposta dal vero proprietario il possessore medesimo voglia opporre la prescrizione decennale. Non gli manca certamente a tal uopo il requisito d'un titolo giusto e valido. E se il rivendicante, per difendersi contro la eccezione di prescrizione, opporrà la nullità relativa dell'atto col quale la proprietà dell'immobile era stata trasmessa da lui all'autore dell'attual possessore, sarà unicamente la *buona fede* di quest'ultimo che potrà formare oggetto di controversia. Potrà egli, il possessore, giustificare la sua *buona fede* allegando l'*error di diritto?* O gli sarà opponibile la regola *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus?* Ecco il punto che può essere disputabile nel diritto attuale, ben diverso da quello su cui pronunciavano le già citate leggi romane; e su tal punto vi è nella dottrina moderna una discordia di opinioni, della quale diremo più tardi. Intanto però lo stesso annunciare una tale controversia basta a dimostrare che nel diritto attuale la regola surricordata non può ritenersi così sicuramente, generalmente ed assolutamente applicabile, come taluni la ritengono.

Rimane il terzo quesito, relativo alla distinzione, che l'antica dottrina faceva, tra il *damnum rei amittendæ* e il *damnum rei jam amissæ*, ritenendo allegabile nel primo, e non nel secondo caso, l'errore di diritto.

Riferendo di questa teoria, già avvertimmo nel numero precedente come la principale applicazione di essa si facesse alla *ripetizione d'indebito*, che all'appoggio dei testi romani alcuni interpreti ritenevano doversi negare quand'anche il pagamento indebito fosse stato fatto *per solo errore di diritto;* perchè — dicevano — il danno a cui si voleva sottrarsi era allora *damnum rei jam amissæ*, avendo cessato la cosa d'essere proprietà del debitore putativo, dal momento in cui l'aveva consegnata a titolo di pagamento al supposto creditore; perchè così, pagante e ricevente dovevano considerarsi in condizioni pari, e *in pari causa possessor præferendus est;* perchè, se non può sussistere una obbligazione qualora ne sia falsa la causa, può nondimeno sussistere validamente il pagamento eseguito per error di diritto, trovandosene la causa giuridica nella tradizione inconsideratamente fatta a titolo di pagamento (1).

Ora, avremo a dimostrare più innanzi, che secondo le disposizioni degli articoli 1146 e 1237 del nostro Codice, il pagamento di ciò che non sia dovuto dà sempre luogo alla ripetizione, senza che vi sia da distinguere se sia stato eseguito per errore di fatto o per errore di diritto. Ciò dunque basta intanto a dimostrare almeno che non sempre è adottabile nel diritto nostro la regola, secondo cui vorrebbesi negare l'allegabilità dell'errore di diritto ogni volta che lo si adduca allo scopo di ricuperare ciò che già sia uscito dal nostro patrimonio. Ma di più, crediamo che neppure come regola generale sia adottabile una tale massima. Per quale motivo si ammette che possa talvolta allegarsi l'error di diritto? Già lo abbiam detto: affinchè taluno non sia costretto a subire irreparabilmente le conseguenze giuridiche d'una convenzione, d'un atto o d'un fatto, a cui la volontà sua siasi determinata soltanto in causa di quell'errore, od affinchè

(1) V. Merlin, loc. cit.

tale altro possa approfittare degli effetti legali della buona fede, la quale può sussistere in dipendenza d'un errore di diritto, non meno che di un errore di fatto. Ora, sotto il primo aspetto par chiaro che il surricordato motivo può verificarsi quand'anche abbiasi per iscopo, non già di ovviare un danno minacciato, ma di riparare a quello che già siasi verificato nel nostro patrimonio. Se questo danno fu risentito ingiustamente, perchè derivato dalla supposta efficacia giuridica d'un contratto, d'un atto o d'un fatto, che invece non doveva produrre effetto, siccome avente per causa unica o principale un errore, per qual ragione dovrebb'essere irreparabile? Taluno, per es., può avere rinunciato ad un diritto credendo che vi corrispondessero oneri non ammessi dalla legge; un altro avrà ceduto a vile prezzo un diritto ereditario ignorando l'estensione che la legge attribuiva a tale diritto. Perchè non sarebbero ammessi costoro ad impugnare la rinuncia o la cessione, di cui fu sola causa determinante l'errore nel quale caddero, sotto il pretesto che non tendono ad evitare una perdita o una privazione di diritti nel proprio patrimonio, ma a ricuperare quello che già era entrato a far parte del patrimonio altrui? La ragione, per cui si crede giustificarlo, risulta forse dai termini stessi della distinzione fra il *damnum rei amittendæ* e il *damnum rei jam amissæ;* in quanto, cioè, in quest'ultimo caso si reputi esistente un diritto acquisito a favore di colui contro il quale verrebbesi ad allegare l'errore. Ma veramente non può esservi diritto acquisito in base ad un contratto, atto o fatto giuridico consentito solo per errore, e perciò annullabile.

Quanto poi ai casi in cui l'errore di diritto venga addotto allo scopo di approfittare degli effetti legali della buona fede, ciò non accade per ricuperare beni che siano usciti dal nostro patrimonio, ma per conservare quelli che possediamo, o giovarci delle conseguenze di tale possesso, o talora anche per acquistare contro altri la pro-

prietà di tali beni mediante la prescrizione. Così quando taluno invochi l'error di diritto per gli effetti dell'articolo 116 del Codice civile, intende a non esser privato dei diritti che gli derivavano dal matrimonio, che avea contratto in buona fede, ma che fu poi dichiarato nullo; quando altri adduca l'error di diritto per dimostrare la buona fede in cui abbia posseduto un bene altrui, e non esser quindi tenuto a restituire i frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale — come dispone l'articolo 703 Cod. civ. — si propone ancora di non perdere, di non diminuire il proprio patrimonio in corrispondenza di quei frutti, che può avere in buona fede consunti; se invece il possessore di un immobile acquistato per giusto titolo, al fine di provare il concorso dell'altro requisito della buona fede, e giovarsi della prescrizione acquisitiva decennale, a termini dell'articolo 2137 Codice civ., allega un errore di diritto, evidentemente ha per iscopo, non di ricuperare un bene o un diritto che abbia perduto, ma di acquistare in virtù di legge la proprietà di quello che possiede. In tali casi non potrebbe dunque trovare applicazione la teoria, secondo la quale l'error di diritto non sarebbe allegabile per riparare al danno *rei jam amissæ.*

67. Proponendoci ora di dimostrare le principali applicazioni delle teorie, che siamo venuti finora esponendo, cominceremo da quelle che possono aver luogo quando l'error di diritto si alleghi per contestare l'efficacia e le conseguenze giuridiche di convenzioni, atti o fatti, la cui causa determinante sia consistita appunto in tale errore.

Il Codice francese, nelle disposizioni riguardanti i contratti in genere, lasciava luogo al dubbio se l'error di diritto, al pari di quello di fatto, viziasse in diritto civile il consenso, e desse quindi luogo all'annullazione del contratto. L'articolo 1109 di quel Codice stabiliva infatti, con espressione generale, non esser valido il consenso *se fosse*

stato dato per errore, senza distinguere, ma senza nemmeno accennare esplicitamente al caso di error di diritto. Allo stesso modo disponevano il Codice pel regno delle Due Sicilie (art. 1063) ed il Codice estense (art. 1148). Nondimeno era opinione generalmente accettata, che il consenso essendo viziato dall'errore, che ne sia stato la causa determinante, e non dalla speciale origine dell'errore medesimo, non fosse in tal proposito da distinguersi se l'errore fosse derivato da ignoranza d'un fatto, o da ignoranza d'una disposizione di legge. Sì nell'uno che nell'altro caso, le obbligazioni assunte col contratto o sono senza causa, o dipendono da una causa falsa, epperò manca la volontà vera del contraente (1).

Il Codice albertino (art. 1196, 1197) faceva espressa menzione dell'errore di diritto come causa di nullità delle convenzioni; ma limitandosi a stabilire il principio, non dettava alcuna norma particolare per le applicazioni. Invece nel Codice parmense erano tradotte in disposizioni espresse le massime dell'antica dottrina, distinguendo se l'allegata ignoranza riguardasse leggi d'ordine pubblico, ovvero leggi di mero interesse privato, e in quest'ultimo caso suddistinguendo ancora, se tale ignoranza si adducesse solo per evitare un danno, per non subire una perdita nel proprio patrimonio, ovvero per procurarsi un lucro, per acquistare.

Infatti, nell'articolo 1084 di quel Codice era scritto: " L'error di diritto non può mai essere addotto per iscio- " gliersi dagli effetti della convenzione, ogniqualvolta si " aggiri intorno a leggi, che risguardano all'ordine pub- " blico „ e nel successivo articolo 1085:

" Se l'errore si aggiri intorno a leggi, che risguardano " ai diritti dei privati, potrà addursi all'oggetto di scio-

(1) V. Toullier, t. III, n. 59-69; Duranton, t. X, n. 127; Marcadé, art. 1376, t. 5, n. II; Demolombe, t. XXIV, n. 129; Aubry e Rau, t. IV, § 343 *bis*, n. 1, n^a 7; Laurent, t. XV, n. 505.

" gliersi dagli effetti della convenzione ogniqualvolta si
" tratti di sottrarsi da un vero danno. Il medesimo er-
" rore non potrà addursi, ogniqualvolta dallo scioglimento
" della convenzione non si verrebbe a conseguire che un
" mero guadagno ".

Il legislatore italiano ha risolta espressamente la questione di massima, dichiarando nell'art. 1109:

" L'errore di diritto produce la nullità del contratto
" solo quando ne è la causa unica o principale ".

Questa invero è regola fondamentale in materia di contrattazioni: se l'ignoranza d'una disposizione di legge fu la causa che determinò il consenso d'una delle parti, la quale senza quella ignoranza non lo avrebbe prestato, il consenso medesimo è imperfetto, è viziato, perchè, determinandosi a conchiudere il contratto per un motivo inesistente, o diverso da quello ch'era supposto, la parte ha agito in modo non conforme alla sua volontà; epperò la convenzione dev'essere annullabile.

Ciò sarà più evidente quando *l'error di diritto sia stato la causa unica del contratto*. Se, per esempio, taluno credendosi obbligato per legge a dare una cauzione, a cui non era veramente tenuto, od ignorando la disposizione legislativa che eccezionalmente ne lo dispensava, abbia indotto un fideiussore; sì questi che il debitor principale potranno agire per la liberazione, perchè non vi era, nè poteva esservi altra càusa di tale fideiussione, fuorchè il provato error di diritto, che la determinò (1). Così era deciso nella già citata L. 1, D. *Ut in possessionem legatorum.*

Ma quand'anche la convenzione possa avere avuto altre cause secondarie, impulsive, se però la *principale*, quella senza cui la parte non sarebbesi determinata a contrattare, sia consistita in un errore di diritto, ciò produrrà ugualmente la nullità del contratto. Così, se taluno abbia ceduto a vil prezzo un proprio diritto

(1) V. Bressolles, *Revue de legisl.*, t. 18, pag. 178.

ereditario, ignorando la estensione che tale diritto aveva secondo la legge, e questa sia stata la causa principale che lo determinò alla convenzione, si farà luogo a domandarne l'annullamento per error di diritto, quantunque altre cause *accessorie* possano aver concorso a deciderlo a quella cessione; pongasi lo stato imbarazzante della sua fortuna e l'urgenza di rimediarvi, o la minaccia di una lite. Solo è essenziale sempre di stabilire che senza l'error di diritto la parte, che impugna su tale fondamento il contratto, non vi avrebbe prestato il consenso. Di ciò è dunque necessario sempre che sia somministrata la prova piena; chè se rimanesse dubbio, se il consenso dato alla convenzione potesse essere stato determinato da una causa diversa, ad esempio per soddisfare una *obbligazione naturale* (arg. art. 1237 Cod. civ.) non potrebbe farsi luogo ad annullamento (1). Così un erede, che ignorando di aver diritto a legittima, avesse convenuto con un legatario circa il soddisfacimento integrale del legato eccedente la porzione disponibile, e perciò soggetto a riduzione, o che reputando valido un testamento realmente nullo per vizio di forma, avesse contrattato relativamente alla esecuzione delle disposizioni in esso contenute, non potrebbe per ciò solo impugnare quelle convenzioni; perchè non sarebbe escluso che vi avesse prestato consenso nell'intento di soddisfare ad una obbligazione naturale, benchè imperfetta, eseguendo la volontà del defunto; nè quindi sarebbe accertato, e sarebbe anzi impossibile di provare, che causa unica o principale, determinante al contratto, fosse stato l'error di diritto. È sul fondamento di queste medesime ragioni, che secondo l'articolo 1311 del Codice civile la conferma o la esecuzione volontaria d'una disposizione di testamento, per parte dell'erede, include *la rinunzia di lui ad opporre i vizi delle forme e qualunque altra eccezione.*

---

(1) V. Toullier, t. 3, n. 68, 69.

68. Un atto di *divisione amichevole* d'una eredità (art. 986 Cod. civ.) o di beni che per altra causa formino oggetto di comunione (art. 684 Cod. civ.) contiene esso pure gli estremi d'una convenzione, inquantochè per formarlo è indispensabile il consenso di tutti i coeredi o di tutti i partecipanti alla comunione. Da tale principio dovrebbe seguire che tutte le cause da cui derivano le azioni in nullità dei contratti per vizio del consenso (art. 1108 Cod. civ.) potessero parimente addursi per far annullare o rescindere gli atti di divisione. E ciò non potrebbe infatti incontrare difficoltà in teoria generale ed astratta. Se non che, il Codice francese prima (articolo 887), poscia tutti gli altri che lo imitarono (Codice pel regno delle Due Sicilie, art. 807 — Cod. parmense, art. 1042 — Codice albertino, art. 1109 — Cod. est., articolo 1118) e da ultimo il Codice nostro attuale (articolo 1038) dichiararono potersi rescindere le divisioni *per causa di violenza o di dolo;* la quale disposizione, confrontata con quella relativa ai contratti, ov'è detto non esser valido il consenso, *se fu dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo* (art. 1108 Cod. civ.), non lascia dubbio che una differenza siasi voluto stabilire in ordine alle divisioni ereditarie, ammettendo che il consenso prestato per esse dagli interessati possa essere impugnato per violenza o per dolo, non per errore. D'altronde le discussioni, ch'ebber luogo nel Consiglio di Stato francese, rivelano chiaramente essersi creduto non necessario di annoverar l'errore tra le cause che possono dar luogo a rescindere atti divisionali, perchè quando se ne verificassero i caratteri sufficienti per costituire una causa di nullità, altri mezzi sarebbero attuabili, altre azioni sarebbero esperibili per conseguire il medesimo scopo (1).

Nondimeno non mancarono opinioni autorevoli a sostenere che in taluni casi speciali potesse addursi l'errore,

---

(1) V. Locré, *Lég. civ., etc.*, t. X, n. 32.

anche di diritto, come causa di rescissione d'un atto divisionale. Vi era chi ammetteva ciò pel caso in cui avesse partecipato alle divisioni taluno che non avesse diritto alla successione (1); chi lo riteneva, oltre al caso predetto, nell'altro ancora che fosse stata erroneamente attribuita ad uno dei condividenti una quota superiore a quella che gli spettava (2); chi, in fine, lo limitava all'ipotesi che nella divisione dei beni cadenti in comunione fosse stato erroneamente compreso qualche oggetto appartenente particolarmente in proprio a qualcuno dei partecipanti (3).

Altri però ha reputato — conformemente a ciò ch'era stato enunciato nelle discussioni del Codice francese — che gli errori avvenibili in materia di divisioni, o cagionino la nullità di pien diritto, *l'inesistenza giuridica* dell'atto relativo, od aprano l'adito ad altre azioni valevoli a riparare i danni derivabili da tali errori, senzachè sia necessario ricorrere ad azioni in nullità o rescissione per vizio del consenso (4); e questa pare anche a noi l'opinione meglio fondata, come verremo ora dimostrando. S'intende, che in quanto diremo ci riferiremo sempre al solo *errore di diritto*, quantunque anche all'*errore di fatto* fossero in gran parte applicabili identiche osservazioni; perchè a quello unicamente si restringe il tema che trattiamo attualmente.

69. Un atto di divisioni, secondo il diritto nostro, non è attributivo di diritti, non è traslativo di proprietà, ma semplicemente *dichiarativo*, non avendo altro effetto che di determinare, con retroazione al tempo in cui ebbe origine la comunione, quali siano i beni che debbono

---

(1) V. Toullier, t. IV, n. 569, t. VI, n. 61-68.
(2) V. Vazeille, *Comm. du Code civ. sur les success. don. et test.* art. 887, n. 1.
(3) V. Aubry e Rau, t. VI, § 626, n° 5.
(4) V. Laurent, t. X, n. 471.

reputarsi avere appartenuto in proprio ed esclusivamente a ciascuno dei partecipanti (art. 1034 Cod. civ.). Da ciò segue dunque che codesto atto divisionale non possa sussistere giuridicamente, se non in dipendenza d'un titolo anteriore, sul quale si fondino i diritti dei condividenti, nè possa avere efficacia fuorchè nel presupposto della esistenza di tali diritti; e che quindi, se per errore siansi credute chiamate alla successione persone diverse da quelle a cui l'eredità veramente spettava, e tra le prime siasi perciò effettuata la divisione dei beni, l'atto relativo non sia da riguardarsi come semplicemente annullabile o rescindibile per errore, ma come *assolutamente inesistente*. La qual differenza è d'importanza pratica gravissima; perchè l'azione di nullità o rescissione dell'atto divisionale — se di essa fosse necessario valersi — non durerebbe che cinque anni (art. 1300 Cod. civ.), mentre, ritenuta l'inesistenza giuridica dell'atto divisionale, all'azione in petizione di eredità, esercibile da coloro che avessero veramente diritto alla successione, od a quella diretta a promuovere tra loro la divisione, non potrebbesi opporre altra prescrizione che l'ordinaria di trenta anni (art. 2135 Cod. civ.).

Un esempio dei casi di cui ora parliamo era figurato nella L. 4, C. *De juris et facti ignorantia*. La divisione erasi fatta tra gli eredi istituiti, ignorando un vizio di nullità del quale era infetto il testamento. Scoperto il vizio, e riconosciuto perciò spettare l'eredità ai successori *ab intestato*, si decideva doversi riguardare di niun effetto l'avvenuta divisione, sebbene questa in diritto romano rivestisse il carattere d'atto traslativo di dominio; perchè, se ritenevansi trasmessi coll'atto della divisione dagli altri condividenti i loro diritti di condominio sui beni che a ciascuno di loro venivano esclusivamente assegnati, quell'atto però non creava il diritto ereditario, ma lo presupponeva, e se i condividenti non avevano diritti sui beni dell'eredità, non potevano certamente trasmetterli,

anzi la divisione stessa mancava di oggetto, e il possesso dei beni, per coloro che li detenevano, rimaneva destituito di causa; il che bastava a dover negare qualunque efficacia giuridica alla divisione, anche senza la ulteriore ragione che noi possiamo trarre dal carattere meramente dichiarativo dell'atto divisionale. Quella legge diceva infatti:

" Si post divisionem factam, testamenti vitium in lu-
" cem emerserit, ex his quæ per ignorantiam confecta
" sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igi-
" tur hoc apud correctorem..., testamentum vel fide veri
" deficere, vel *juris ratione stare non posse:* ut infirmata
" scriptura, quæ testamenti vice prolata est, solidam suc-
" cessionem obtineas ".

L'ipotesi può anche essere invertita, supponendo che la divisione sia stata fatta tra gli eredi legittimi, ritenendo per errore di diritto la nullità del testamento; e la massima sarà nondimeno la stessa; doversi, cioè, considerare come inesistente per ogni effetto giuridico la divisione, siccome avvenuta tra persone che non avevano diritto alla eredità.

L'esistenza del diritto ereditario a favor di coloro che procedono alla divisione, non è il solo elemento essenziale per costituirla ed attribuirle efficacia giuridica. È indispensabile altresì che all'atto relativo concorra il consenso di tutti i partecipanti alla comunione. Questa non può sciogliersi in virtù di atto volontario, se non quando ad esso prendano parte tutti gli interessati. A quelli di costoro, che fossero rimasti estranei all'atto predetto, non potrebbe certamente pregiudicare la convenzione intervenuta fra gli altri (art. 1130 Cod. civ.); e per ciò stesso coloro, che per errore avessero così consentito ad una divisione imperfetta, avrebbero interesse e diritto di esigere che se ne facesse una nuova, affinchè venissero determinati, con piena ed irretrattabile efficacia giuridica a fronte di tutti, i beni da ritenersi spettanti a loro in esclusiva pro-

prietà tra quelli componenti l'eredità o la comunione; senza di che la divisione non raggiungerebbe il suo scopo, mancherebbe dei caratteri che ne costituiscono l'essenza, consistente nello scioglimento definitivo e completo della comunione. Se pertanto all'atto divisionale qualcuno dei coeredi o dei partecipanti alla comunione non abbia preso parte, perchè per errore di diritto non gli sia stata riconosciuta una tale qualità, quell'atto non è solo annullabile relativamente all'interessato rimasto escluso, ma è radicalmente e interamente nullo, è inesistente in diritto.

Di simili principii fu fatta applicazione espressa nell'art. 1047 del Codice civile, rispetto alle divisioni ordinate dai genitori od altri ascendenti tra i loro figli o discendenti; essendovi detto che " è *interamente nulla* la divisione, " nella quale non siano stati compresi tutti i figli che " saranno chiamati alla successione e i discendenti dei " figli premorti.

" In questo caso *tanto i figli o discendenti che non vi* " *ebbero parte, quanto quelli che vi ebbero parte*, possono " promuoverne una nuova ".

Nè certamente vi sarebbe alcuna ragione per riguardar questa come una disposizione eccezionale, ristretta al caso delle divisioni fatte da ascendenti; mentre anzi è incontestabile una perfetta identità di motivi anche per le divisioni ordinarie.

70. Passando ora all'altro ordine di casi, in cui non manchino gli estremi essenziali per costituire un atto divisionale giuridicamente efficace, ma si riscontri nell'atto medesimo qualche vizio intrinseco dipendente da error di diritto, ci proponiamo di dimostrare come — non ostante qualche opinione contraria, che sopra riferimmo — i danni derivati da tale errore siano riparabili col mezzo di altre azioni, senzachè si debba ricorrere a quella di nullità o rescissione della divisione per vizio del consenso.

Fingiamo che invece d'essere rimasto escluso dal partecipare alla divisione qualcuno di coloro che vi avrebbero avuto diritto — nella quale ipotesi dicemmo doversi riguardare come non avente alcuna esistenza giuridica l'atto divisionale — sia accaduto, al contrario, che sia stata ammessa a quell'atto qualche persona estranea alla eredità, e che ciò siasi fatto per error di diritto; perchè, per esempio, siasi creduto che i figli, dei quali è vietato il riconoscimento secondo l'art. 180 Cod. civ., potessero concorrere alla successione del genitore defunto insieme ai figli naturali, contro il disposto dell'art. 752 Cod. civ., o che potesse farsi luogo alla rappresentazione in linea collaterale a favore d'un figlio o discendente di chi non era fratello o sorella, ma zio o cugino del defunto (art. 732, 890, § 2° Cod. civ.). Quest'ultimo è il caso immaginato dal Toullier, e nel quale quell'autore opinava — come già riferimmo sopra — potersi *rescindere per causa d'error di diritto la divisione operata.*

Ma secondo la più recente dottrina, non è da parlarsi in tale ipotesi di rescissione dell'atto divisionale, il che renderebbe applicabile la prescrizione speciale stabilita per simili azioni (art. 1300 Cod. civ.). La divisione, a cui sia stato ammesso a partecipare taluno, al quale sia stata erroneamente attribuita la qualità di coerede, è, quanto a costui, radicalmente nulla. Non vi è invece ragione alcuna di considerarla come inesistente rispetto agli altri condividenti; i quali però, a fronte dell'estraneo ammesso per errore alla divisione, hanno un'azione, che assume il carattere d'una vera *condictio sine causa*, e che come avente per oggetto una *universalità giuridica* costituisce una specie di *petizione d'eredità*, per ripetere contro di lui personalmente ciò che gli sia stato indebitamente pagato, e per rivendicare in via reale i beni che gli siano stati assegnati; e nei loro rapporti reciproci hanno poi azione per una *divisione supplementare* di tutto ciò ch'era stato compreso nel lotto divisionale erroneamente attribuito all'e-

straneo (1). L'ultimo degli autori citati in nota parrebbe veramente, stando alle sue parole, in dissenso cogli altri; inquantochè combatte, attribuendola a loro, l'opinione che l'atto divisionale, a cui sia stata ammessa una persona che non era erede, " sia *inesistente*, cioè radicalmente " nullo, *anche in riguardo ai veri eredi che figurano in* " *quell'atto* „. Ma ciò dipende, se mal non vediamo, da un semplice equivoco, che è chiarito dalle precise parole adoperate dal Demolombe; la cui proposizione non è quale gli viene attribuita dal Laurent, ma al contrario ripetutamente espressa nei termini seguenti:

" La divisione è *nulla* in questo caso, e non soltanto " annullabile, *relativamente alla persona non avente diritto,* " *che vi fu ammessa per errore* . . . .

" Questa pretesa divisione *non può avere alcun effetto,* " *in ciò che concerne l'individuo estraneo alla successione, e* " *che non aveva alcun diritto ereditario* „.

Perciò crediamo di poter dire concorde nel senso surriferito la dottrina moderna.

Nè ci sembra che esaminata al lume dei principii essa possa meritare contraddizione.

Quegli stessi motivi, pei quali dimostrammo superiormente non potersi riguardare come avente alcuna esistenza giuridica una divisione convenuta tra coloro che per errore si credevano chiamati alla successione legittima, mentre doveva aver luogo la testamentaria, o viceversa, valgono ugualmente per dover considerare come priva d'ogni effetto la divisione, quanto a colui al quale sia stata falsamente attribuita la qualità di avente diritto nella successione o comunione. La ragion di decidere non è diversa, perchè uno solo sia il condividente che trovisi in tali condizioni, invece d'esservi tutti. I beni che gli siano stati assegnati sono da lui tenuti senz'alcuna causa legittima, come sono

(1) V. Demolombe, t. XVII, n. 388, 2°, 401; Aubry e Rau, t. VI, § 626, n^a^ 4; Laurent, t. X, n. 464, pag. 495.

senza causa i pagamenti che gli siano stati fatti. È dunque incontestabile che i veri eredi abbiano azione contro costui per ripetere tutto quello che indebitamente gli pervenne; azione qualificabile come *petizione di eredità*, poichè ha per oggetto una universalità giuridica, sebbene consistente in una quota soltanto del patrimonio ereditario; *azione personale* quanto alla restituzione delle somme che siano state pagate per conguaglio di quote, od agli altri valori che siano stati dati al creduto coerede; *azione reale* in ordine alla rivendicazione dei beni immobili o mobili assegnati e consegnati a lui per lotto divisionale.

Ciò quanto ai rapporti tra i veri eredi, e colui che per errore sia stato ammesso come condividente, sebbene non vi avesse diritto. Rimangono poi a definirsi quelli tra i veri eredi medesimi, in seguito alla rivendicazione da essi fatta di ciò che loro spettava, ed era stato erroneamente attribuito ad un estraneo. E intorno a ciò, non sarebbe certo ammissibile che si potesse prender pretesto dalla parte indebitamente avuta da lui nell'atto di divisione, per annullar questo interamente ed esigere che se ne facesse uno affatto nuovo. Le convenzioni stabilite tra i veri eredi, le assegnazioni di beni da essi fattesi rispettivamente, sono validamente consentite, nè vi è ragione perchè gli uni possano pretendere contro gli altri di metterle al nulla. L'essersi rivendicato un lotto indebitamente assegnato ad un estraneo, non può esser cagione d'altro che di doversi completare i lotti toccati ai veri eredi, mediante *un supplemento alla divisione* già fatta.

71. Vi è un'altra ipotesi che può presentare qualche maggiore difficoltà. La divisione ebbe luogo tra coloro che veramente hanno diritto alla successione ereditaria od alla comunione; nessuno fu ommesso, nè vi partecipò alcun estraneo; solo per errore di diritto fu attribuita ad uno dei condividenti una quota maggiore o minore di quella che veramente gli spettava. Quale dev'essere allora

la sorte della divisione avvenuta? Alcuni autori sostennero che in tal caso gl'interessati non potessero impugnar l'atto di divisioni, se non coll'azione di nullità; ed ancora, non pel semplice errore, ma solo quando esso fosse stato cagionato da *dolo* dell'altre parti, o quando avesse prodotta una lesione, che desse luogo a rescindere l'atto predetto (art. 887 Cod. franc. — 1038 Cod. it.) (1). Secondo un'altra opinione la divisione in tal caso non sarebbe soltanto annullabile, ma assolutamente inesistente in diritto per mancanza di causa; perchè l'errore cadrebbe sulla base essenziale della divisione, e perchè lo stesso vero erede, per ogni eccesso sulla quota a cui abbia diritto, manca di qualsiasi titolo, è in ciò parificabile ad un estraneo, e quindi l'attribuzione, che gli venga fatta di una quota maggiore di quella dovutagli, è appunto manifestamente senza causa (2).

Altri ritengono, che nel caso figurato sopra, la divisione debba riguardarsi *come non avvenuta solo per ciò che eccede la misura della quota veramente spettante a ciascuno dei condividenti;* e che pertanto si faccia luogo unicamente a potersi da coloro, i cui interessi legittimi rimasero offesi dalla divisione erronea, *chiedere il rilascio di ciò che il coerede possiede, in conseguenza di questo atto, senza un titolo anteriore che legittimi tale possesso* (3).

Una teoria più recente escluderebbe nel caso predetto l'inesistenza giuridica della divisione, dicendo che “ non “ si può affermare che vi sia mancanza di oggetto, “ dappoichè i beni ereditari sono stati realmente divisi; “ dunque la divisione esiste. Vi è errore nella distri- “ buzione, e ciò dà luogo ad una rettificazione della “ divisione „ (4).

---

(1) V. Chabot, *Comm. sur la loi des success.*, art. 887, n. 4; Poujol, *Tr. des success.* art. 887, n. 4.
(2) V. Demolombe, t. XVII, n. 406, 407.
(3) V. Aubry e Rau, t. VI, § 626, n. 4.
(4) V. Laurent, t. X, n. 465, pag. 497.

La prima delle opinioni che abbiam riferite, richiedendo che l'errore di una delle parti interessate sia stato cagionato dal dolo dell'altra, o che abbia prodotta una lesione da dar diritto, secondo le norme comuni, a rescindere l'atto divisionale, viene in sostanza a negare qualunque effetto proprio dell'errore. Ora, fu già notato sopra che il legislatore non ha bensì menzionato l'errore tra le cause di rescissione in materia divisionale, ma lo ha fatto con tutt'altro concetto; pensando, cioè, che in tale materia l'errore — quando fosse veramente il caso di assumerlo come fondamento ad impugnare un atto di divisioni — o renderebbe l'atto medesimo assolutamente inesistente in diritto, o aprirebbe l'adito ad altri mezzi legali di riparazione.

La seconda di quelle opinioni, che dell'errore consistente nell'avere attribuita a qualcuno dei condividenti una quota diversa da quella a lui spettante farebbe una causa d'inesistenza giuridica di tutto l'atto divisionale, ci sembra contenere, negli stessi motivi che adduce, la propria confutazione. L'errore — si dice — *cade sulla base essenziale della divisione, perchè al di là della quota che gli appartiene anche il vero erede è senza titolo, e riceve senza causa ciò che gli sia dato in più.* Tutto questo è vero; ma la conclusione logica, a cui conduce, non è già che l'atto divisionale sia privo di esistenza giuridica intieramente, ma solo entro i limiti della quota eccedente quella che veramente spettava al coerede; è solo per questo di più, che è viziata di errore la base essenziale della divisione, e che il coerede viene a possedere senza causa ciò che gli è stato assegnato.

L'ultima delle accennate teorie, la quale respingerebbe assolutamente nel caso proposto qualunque idea d'inesistenza giuridica della divisione, non ci sembra appoggiata a fondamento sicuro, nè abbastanza chiara nella sua risoluzione finale. “ I beni ereditari — si dice — furono “ realmente divisi; e dunque la divisione esiste „. Ciò è

giusto per gli altri condividenti, ma non per quello a cui sia stata assegnata una quota superiore alla vera. Rispetto a lui vi è stata bensì una divisione materiale, ma non legale, dal momento che, per ipotesi, gli fu dato più di quanto portava il suo titolo, al quale necessariamente ed essenzialmente deve riferirsi la divisione, come atto, che essa è, meramente dichiarativo. Per questa eccedenza almeno, la divisione, quanto a lui, non esiste legalmente. " Vi fu — si soggiunge — un errore nella distribuzione; e dunque *si rettifichi la divisione* „. Ma come si ha da intendere codesta rettificazione? Non certo nel senso di riaprire il procedimento intero della divisione per tutti gli interessati; perchè ciò equivarrebbe a riguardare la divisione stessa come affatto inesistente in diritto. Ammesso dunque che la rettificazione debba aver luogo rispetto al solo lotto divisionale assegnato al condividente, a cui si attribuì una quota superiore a quella che gli spettava, rimane però ancora da stabilirsi in qual modo la rettificazione debba essere operata; se cioè debba riporsi in divisione l'intiero lotto, od una sola parte, in corrispondenza dell'eccesso di quota a quel condividente attribuita.

Perciò reputeremmo adottabile a preferenza l'opinione professata dai signori Aubry e Rau, quanto alla massima che *la divisione debba considerarsi come non avvenuta rispetto alla sola eccedenza di quanto sia stato assegnato ad un condividente, sulla quota realmente spettante a lui.* Solo ci sembra potersi muovere qualche dubbio intorno all'applicazione, che i sullodati autori fanno di tale massima. Essi insegnano che gli altri condividenti potranno chiedere a quello, che abbia ricevuto più della sua quota, *il rilascio di ciò ch'egli possiede, in conseguenza dell'atto divisionale, senza un titolo anteriore che legittimi il suo possesso*; il che corrisponde — se non erriamo — a dire che si possa solo agire per la congrua riduzione della quota eccessiva attribuita a quel condividente, salvo procedere poi fra gli altri ad una *divisione suppletiva* del di più rivendicato. Ora,

pare a noi che questa idea non sia ammissibile. L'eccesso nell'attribuzione della quota ad uno dei condividenti vizia intieramente la corrispondente assegnazione fatta in favore di lui del lotto divisionale; perchè di tale assegnazione è essenzialmente errata la base.

Bisogna dunque riaprire il procedimento della divisione su tutti i beni assegnati per quella quota, in modo che ne rimanga al condividente, contro cui si agisce, una porzione corrispondente alla quota che veramente gli spetta, e ritorni agli altri il di più, di cui erano stati ingiustamente privati. D'altronde è questo anche il solo modo in cui apparisce praticamente effettuabile l'operazione. I lotti assegnati agli altri condividenti non vanno soggetti ad alcuna modificazione, poichè lungi dal posseder essi quei beni senza una causa legittima, non avevano anzi ottenuto tutto quello che ad essi realmente apparteneva.

Le stesse regole sarebbero parimente applicabili ai casi in cui taluni dei condividenti impugnassero l'atto divisionale per essere stata assegnata a loro, in conseguenza d'un error di diritto, una quota inferiore a quella che ad essi spettava; poichè, in fine, all'inferiorità della quota assegnata all'uno corrisponde necessariamente l'eccessività di quella attribuita all'altro.

A nostro modo di vedere, l'assegnazione dei beni fatta a favore di quelli tra i condividenti, che avessero ricevuto meno della quota a cui hanno diritto, non sarebbe annullabile; perchè non sarebbe a loro che potesse dirsi mancar essi di titolo per quell'assegnazione, e possedere senza causa, alcuna parte dei beni che ricevettero. Sarebbe invece impugnabile l'assegnazione fatta a quei condividenti, ai quali fosse stata attribuita una quota superiore alla dovuta, e sarebbe impugnabile, non solo per la parte eccedente la quota dovuta, ma pel tutto, perchè si troverebbe errata essenzialmente la base di codesta assegnazione, nè riuscirebbe possibile di determinare una parte dei beni posti nel lotto divisionale, che dovesse rimanere senz'altro

all'assegnatario come costituente la sua vera quota, ed un'altra parte che dovesse ritenersi rappresentante l'eccedenza erroneamente attribuitagli. Di qui la necessità — come dicemmo — di rifare intieramente le operazioni della divisione quanto ai beni assegnati a taluni condividenti in corrispondenza di quote superiori alle vere ad essi spettanti, e rifarle in base di tali proporzioni da ridurre al giusto le quote eccessive, e completare le deficienti.

L'opinione diversa, che riguarderebbe in tali casi come inesistente in diritto l'intiero atto divisionale, e vorrebbe che si procedesse ad una divisione completamente nuova (1), non ci sembra, per le ragioni già esposte, giuridicamente fondata. Potrebbesi bensì per accordo di tutte le parti interessate seguire questa via, che sembrasse, come in molti casi potrebb'essere, più opportuna. Ma se i condividenti, che avessero ricevuto meno delle quote a loro spettanti, si rifiutassero a recedere dall'assegnazione ottenuta, per riporre in comunione i beni di cui si trovano in possesso, ed assoggettarli a nuova divisione, non vedremmo su qual fondamento potessero esservi costretti, mentre non mancano nè di titolo nè di causa per ritenere i beni che furon loro assegnati, ma anzi hanno ottenuto in parte soltanto ciò che ad essi legittimamente apparteneva. In questo senso e con questi limiti pare perfettamente giusta la dottrina professata dal Laurent.

Il Demolombe, mentre reputa più conforme ai principii il decidersi, nelle ipotesi di cui ci occupiamo, per la nullità assoluta di tutto l'atto divisionale, e per la necessità di procedere ad una divisione intieramente nuova; osserva tuttavia che “ forse si comprenderebbe potersi ammettere “ la soluzione che lasciasse luogo ad una semplice divisione “ supplementare, qualora *ad un solo dei condividenti fosse* “ *stata attribuita una quota superiore a quella spettantegli,*

---

(1) V. Demolombe, loc. cit., n. 407.

" perchè allora la divisione potrebbe dirsi rettamente
" operata fra tutti gli altri, salvo solo quella eccedenza
" che sarebbe da ripartirsi fra gli altri aventi diritto, col
" mezzo appunto d'una divisione suppletiva „.

Confessiamo però di non sapere scorgere la influenza che possa avere nella risoluzione della questione di diritto il numero dei condividenti, a cui sia stata attribuita una quota maggiore o minore della dovuta. Possono essere due soli; ad uno dei quali sia stato ritenuto spettare più, e all'altro quindi meno della parte che veramente aveva nella comunione dei beni. Ed allora quale applicazione avrebbe l'osservazione dell'illustre autore?

O sia uno solo, o siano pochi, o molti i condividenti, rispetto ai quali siano state errate in diritto le quote; l'assegnazione corrispondente dei beni divisi non può sussistere legalmente, in quanto codesto errore ebbe per conseguenza un' eccessiva attribuzione di quote ad alcuni; non avendo essi titolo legittimo, nè causa per ritenere il di più, nè potendosi determinare, se non col mezzo di un nuovo atto di divisioni, quali siano, tra i beni così compresi nel lotto divisionale eccessivo, quelli che debbano reputarsi appartenenti all'assegnatario entro i limiti della vera sua quota, e quali quelli che debbano ripartirsi fra gli altri condividenti per soddisfare ai loro diritti; mentre, all'opposto, non vi sarebbe ragione giuridica per annullare le assegnazioni che agli altri condividenti siano state fatte in una quantità di beni minore di quella corrispondente alla loro quota, tenendo essi indubbiamente per titolo e causa legittima i beni che possedono, e che neppur corrispondono intieramente ai loro diritti.

72. Le ipotesi figurate nei due numeri precedenti erano di error di diritto concernente le persone che dovessero partecipare alla divisione. Ma può darsi invece che un simile errore riguardi i beni formanti oggetto della divisione medesima; e il caso più ovvio a presentarsi è

quello di avvenuta ommissione di qualche oggetto effettivamente appartenente alla eredità od alla comunione. Un tal caso è infatti espressamente previsto nell'ultima parte del secondo paragrafo dell'art. 1038 Cod. civ.; e vi è deciso che: " La semplice ommissione di un oggetto " della eredità non dà luogo all'azione di rescissione, ma " soltanto ad un supplemento alla divisione „.

Nè vi è dubbio che la generalità di questa disposizione comprende tanto la omissione dipendente da un error di fatto, quanto quella di cui sia stato causa un errore di diritto. La ragione di decidere è d'altronde perfettamente la stessa. Così, se non fosse stato fatto nè chiesto il conferimento d'un bene, credendo per error di diritto che il coerede, a cui il defunto lo aveva donato, non fosse tenuto alla collazione, o fosse rimasto escluso dalla divisione un oggetto, reputandolo erroneamente fuori di commercio, non suscettibile di proprietà privata; sarebbe applicabile l'art. 1038, e farebbesi luogo ad un *supplemento alla divisione*, non ad annullare quella ch'era stata convenuta.

Qualche autore, commentando la disposizione corrispondente dell'art. 887 del Codice francese, l'ha considerata come un provvedimento dato dal legislatore all'unico scopo di evitare una nuova divisione; lasciando così supporre che senza il diritto positivo, seguendo i soli principii generali, dovesse farsi luogo all'annullamento d'un atto divisionale per ciò solo che fosse stato ommesso qualcuno dei beni che avrebber dovuto esservi compresi.

" Perchè mai — si è domandato — la legge preferisce una divisione supplementare alla rescissione? Per " mantenere le divisioni stabilite e consolidare la pro- " prietà. Non è già che una divisione supplementare sia " scevra d'inconvenienti; chè raramente potrà essere os- " servata la regola fondamentale, secondo cui nelle divi- " sioni dee farsi in modo che ciascun condividente abbia " possibilmente la propria parte in natura di ciascuno dei

“ beni divisi, e il più delle volte bisognerà invece ricor-
“ rere ad una licitazione, o compensare alcuni dei con-
“ dividenti mediante conguaglio in danaro; ma codesti
“ lievi inconvenienti scompaiono a fronte del grande van-
“ taggio di mantenere la divisione già fatta ed assicurare
“ la tranquillità delle famiglie (1).

Nè certo può negarsi che queste utilità derivino veramente dalla disposizione di cui parliamo; se non che pare a noi ch'esse siansi ottenute pur facendo una pura e semplice applicazione dei principii generali di diritto, non già che per conseguirle siasi ai principii medesimi derogato.

Invero, l'essersi ommesso nella divisione qualcuno degli oggetti che dovevano esservi compresi, lascia intatto relativamente a quell'oggetto il diritto di comproprietà dei condividenti, e quindi il diritto per ciascuno di loro di chiederne supplementarmente la divisione; ma non dà motivo di annullar quella che fu fatta degli altri beni, mentre ciò che di essi è pervenuto ad ognuno dei condividenti medesimi sta in sua mano per un titolo e per una causa indubbiamente legittimi (2).

73. Facciasi ora l'ipotesi opposta, che cioè per un errore di diritto sia stato compreso nella divisione qualche oggetto, che veramente non appartenesse alla eredità od alla comunione, ma ad una terza persona, od anche in proprio ad uno dei condividenti.

Nel primo caso tutti son d'accordo nel ritenere che non si verifichi nè inesistenza giuridica, nè annullabilità dell'avvenuta divisione, ma tutto si limiti ad un'azione di rivendicazione da parte del terzo, vero proprietario; e ad un'azione di garantìa da parte del condividente o dei condividenti che soffrono la evizione (3). E in verità

---

(1) V. Laurent, t. X, n. 472.
(2) V. Demolombe, t. XVII, n. 394.
(3) V. Demolombe, t. XVII, n. 396; Aubry e Rau, t. VI, § 626, n° 3; Laurent, t. X, n. 474.

ciò non può ammetter dubbio. Non vi sarebbe ragione di riguardare come inesistente, od anche solo come annullabile o rescindibile la divisione operata sui beni veramente appartenenti alla eredità od alla comunione, solo perchè tra essi ne fosse stato erroneamente compreso qualcuno che spettasse in realtà ad altri. Certamente, la convenzione di divisione non può nuocere al vero proprietario che vi è estraneo (art. 1130 Codice civ.); ed egli può rivendicare la cosa che gli appartiene contro chiunque la possegga (art. 439 Cod. civ.). Ciò altererà quella uguaglianza che dev'essere base della divisione; ed al condividente od ai condividenti, che avranno sofferta l'evizione, spetterà l'azione in garantìa contro gli altri condividenti per ristabilire l'uguaglianza col mezzo della indennità, che questi saranno tenuti a pagare (articoli 1035, 1036 Codice civ.). Anzi quello o quelli dei condividenti, nel cui lotto divisionale siano stati compresi beni appartenenti a terze persone, non saranno neppur tenuti ad attendere che l'azione di rivendicazione sia effettivamente esercitata dal vero proprietario; ma dal momento in cui, scoperto l'errore, vengano a sapere che quei beni non appartengano alla eredità od alla comunione, potranno intentare senz'altro l'azione di garantìa. Ma con ciò i rapporti giuridici tra i condividenti sono pienamente ristabiliti; nè vi è motivo per dar luogo ad annullamento della divisione quanto ai beni che legittimamente ne formarono oggetto.

Nel secondo caso, però, in cui la divisione sia stata estesa per errore a beni appartenenti in proprio ad alcuno dei condividenti, le opinioni degli autori non sono concordi. Taluno vi scorge gli estremi d'una inesistenza giuridica della divisione convenzionale, riflettendo che " questa specie di errore fa mancare la base essenziale " della divisione stessa „ cioè la cosa che deve formarne oggetto; e conchiudendone, in massima, che " l'atto sia " da considerarsi come non avvenuto, e le parti possano

" domandare *de plano* una divisione nuova „ Soggiunge tuttavia, che convenga distinguere, se i beni intorno ai quali verta l'errore siano di molta o poca entità relativamente alla massa degli altri beni cadenti in divisione; perchè in quest'ultima ipotesi sarebbe troppo rigoroso sciogliere la convenzione, e solo vi si potrebbe scorgere un caso di garantia, oltre di che i fatti particolari possono modificare la decisione da prendersi (1). Ma queste stesse incertezze e distinzioni accusano la insussistenza del principio; poichè, se fosse vero che l'atto divisionale fosse inesistente in diritto, non sarebbe possibile attribuirgli mai nessuno effetto in qualunque caso si presentasse, nè per quanto fosse importante, relativamente ai beni che indebitamente vi fossero stati compresi, il valore di quelli facenti veramente parte della eredità o della comunione.

Un'altra opinione, che già accennammo superiormente (2), riterrebbe che " se per errore di fatto o di " diritto, nella divisione fossero stati indebitamente com- " presi oggetti appartenenti particolarmente a qualcuno " dei condividenti, *l'azione in nullità potrebbe eccezional- " mente essere ammessa contro quest'atto* „ (3); dal che deriverebbe pertanto che codesta azione fosse estinguibile colla breve prescrizione stabilita per le azioni di nullità o rescissione, cioè di dieci anni secondo l'articolo 1304 del Codice francese, di cinque anni secondo l'art. 1300 del Codice nostro. Ma dov'è la ragione che giustifichi di eccettuar questo caso dalla regola generale stabilita dal legislatore, il quale ritenne rescindibili le divisioni *per causa di violenza o di dolo*, ed omise affatto di parlare dell'errore, perchè ritenne che in materia di divisioni convenzionali, se l'errore fosse tale da potere dar luogo

---

(1) V. Demolombe, t. XVII, n. 398.
(2) V. sopra, n. 68, pag. 298.
(3) V. Aubry e Rau, t. VI, § 626 n° 5.

a rescissione dell'atto, o questo sarebbe inesistente affatto in diritto, oppure altri mezzi, altre azioni si offrirebbero per riparare alle conseguenze dell'errore stesso? Forsechè, nel caso di cui parliamo, mancano i mezzi e le azioni per ristabilire pienamente i rispettivi diritti di ciascuno degl'interessati, se non si ricorra all'annullamento od alla rescissione dell'intiero atto divisionale? È appunto la dimostrazione contraria a questa supposizione, che sembra a noi sufficiente per doverne conchiudere, che secondo lo spirito della legge positiva neppure in questo caso sia da ritenersi applicabile all'atto divisionale l'azione di rescissione per causa di errore.

Il diritto di proprietà del condividente, a cui appartenga particolarmente ed esclusivamente qualche bene, che sia stato per errore compreso nella divisione, non può certamente rimanerne pregiudicato, ed a lui compete come d'ordinario, l'azione in rivendicazione contro gli altri, a cui sia stato assegnato quel bene in lotto divisionale.

Gli si opporrà forse il consenso da lui prestato, e si dirà che non possa distruggerne gli effetti, se non col mezzo di un'azione di nullità? Ma quel consenso egli non l'ha dato fuorchè pei beni facénti parte dell'eredità o della comunione, non l'ha dato per trasmettere agli altri condividenti alcun bene che sia suo proprio. Perciò non vi è solo imperfezione o vizio del consenso in questa parte, ma assoluta inesistenza di esso; e il condividente, che rivendica il bene proprio, non ha quindi bisogno di ricorrere ad un'azione di nullità o rescissione. Ovvero gli si opporrà l'eccezione della *garantìa*, della quale è tenuto secondo l'articolo 1035 Codice civile? Ma egli risponderà vittoriosamente, che codesta garantìa l'obbliga soltanto, in proporzione della propria quota ereditaria, a tenere indenni gli altri coeredi della perdita cagionata dalla evizione (art. 1036 Cod. civ.), ciò che è ben altra cosa dal dovere sottostar egli alla perdita di un bene proprio; e che l'oggetto speciale della garantìa in questo caso

consistendo unicamente appunto nella *indennità* — mentre per gli atti traslativi di proprietà consiste principalmente nel doversi astenere dal turbare in qualsiasi modo l'acquirente nel pacifico possesso della cosa trasmessagli, e nell'assumerne la difesa se altri lo molesti, e solo sussidiariamente si fa luogo all'obbligazione dell'indennizzo pel caso che non siasi riuscito a far cessare le molestie altrui, e l'acquirente sia stato evitto — la massima *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, ammessa in materia di garantìa per gli atti traslativi di dominio, non può pertanto essere applicabile in materia di divisioni (1).

I diritti poi dei condividenti, nei loro rapporti reciproci, sono efficacemente protetti mediante l'azione di garantìa, che l'art. 1036 accorda al coerede che abbia sofferta l'evizione, contro ciascuno degli altri coeredi in proporzione della rispettiva quota. E questa medesima azione di garantìa sarebbe pure aperta in favore dello stesso condividente, a cui appartenesse in proprio un bene compreso per errore nella divisione, qualora a lui appunto quel bene fosse stato in tutto o in parte assegnato in lotto divisionale. Chè se in tal caso egli non subirebbe materialmente la evizione, nel senso legale però dovrebbe considerarsi averla sofferta per quel bene o per quella parte di bene che gli si sarebbe assegnato in soddisfacimento de' suoi diritti come coerede o comunista, e che invece possederebbe legittimamente per altro titolo di proprietà esclusivamente sua (2).

Or dunque, se per tutti gl'interessati, e in tutti i casi, e sotto tutti gli aspetti, altri mezzi ed altre azioni soccorrono per riparare alle conseguenze dell'errore, in causa del quale siano stati compresi nella divisione beni appartenenti esclusivamente in proprio a qualcuno dei condi-

---

(1) V. Laurent, t. X, n. 474.
(2) V. Laurent, t. X, n. 465, pag. 497.

videnti, qual ragione vi sarebbe di ricorrere invece all'azione di nullità dell'atto divisionale? Qual ragione di aggiungere così al testo dell'articolo 1038, che non ammette potersi rescindere le divisioni fuorchè per violenza o per dolo? Qual ragione di annullare intieramente la convenzione consentita dalle parti interessate, anche relativamente a quei beni che legittimamente formarono oggetto dell'atto di divisione, contraddicendo così agl'intendimenti del legislatore, che per assicurare i possessi e la tranquillità delle famiglie volle per quanto fosse possibile evitare l'impugnazione di tali atti?

Da tutto ciò crediamo dunque risultare abbastanza dimostrato quanto da principio enunciammo; che cioè, secondo il diritto positivo nostro, l'error di diritto non dà mai luogo a far annullare o rescindere le divisioni convenzionali; ma talvolta cagiona l'assoluta inesistenza giuridica dell'atto, e negli altri casi apre l'adito a speciali mezzi di riparazione delle conseguenze derivate dall'errore stesso, mezzi consistenti in azioni diverse da quelle di nullità o rescissione dell'atto divisionale.

74. Abbiam detto che l'error di diritto può essere addotto per contestare l'efficacia e le conseguenze giuridiche, non solo delle convenzioni, ma eziandio di altri atti o fatti, di cui un tale errore sia stato la causa determinante (1). E ce ne porge esempio la *conferma* di obbligazioni, contro le quali la legge ammetta l'azione di nullità (art. 1309 Cod. civ.). La conferma è appunto un atto giuridico, il cui scopo consiste nel toglier di mezzo i vizi, dei quali si trovi infetta una obbligazione, impugnabile perciò, da parte di chi emette la conferma, col mezzo di azioni di nullità o di rescissione; è un atto unilaterale, nel quale non si richiede il concorso della volontà della parte a cui vantaggio si compie, un atto

(1) V. sopra, n. 67, pag. 293.

quindi che diviene perfetto indipendentemente da accettazione, e che anche senza di essa è irrevocabile. La conferma può essere *espressa* o *tacita;* e nel primo caso non può sussistere senza un *atto* vero e proprio, sia poi esso in forma autentica o per scrittura privata; nel secondo caso risulta da un *fatto giuridico*, cioè dall'esecuzione volontaria della obbligazione annullabile. Però, sì nell'una che nell'altra ipotesi, è essenziale per costituire la conferma il concorso di queste due condizioni; che la persona, da cui emana, conosca il vizio dal quale l'annullabilità dell'obbligazione deriva, ed abbia la intenzione di correggere il vizio medesimo. Nell'atto della conferma espressa i predetti due requisiti debbono risultare da dichiarazioni esplicite che vi siano contenute (art. 1309, § 1°, Cod. civ.); e ciò rende impossibile di dubitare in questo caso che l'atto medesimo di conferma sia impugnabile per errore di diritto, giacchè il doversi dalla parte che compie quell'atto esprimere *il motivo che rende viziosa l'obbligazione* da lei contratta, e la *intenzione di correggere il vizio stesso*, rinunziando quindi all'azione di nullità con cui poteva impugnare l'obbligazione predetta, esclude ogni idea di simile errore.

Fu sollevato veramente qualche volta il dubbio, se la necessità di esprimere il *motivo che rende viziosa l'obbligazione* debba estendersi anche ai *motivi di diritto*, e fu sostenuto in contrario che dovesse restringersi ai soli *motivi di fatto*. Però questo assunto dovette essere respinto; perchè manifestamente contrario alla generalità dei termini in cui il legislatore dettò la sua disposizione, e perchè la ragione di richiedere la menzione espressa del motivo di nullità, è anzi maggiore allorchè si tratti di un motivo di diritto, essendo allora più facile a verificarsi che taluno emetta un atto di conferma senza rendersi esatto conto di quello a cui rinunzia (1).

---

(1) V. Laurent, t. XVIII, n. 616.

Ma la questione sull'allegabilità dell'error di diritto può invece sorgere relativamente alla *conferma tacita;* perchè non è difficile ad avvenire che taluno eseguisca una obbligazione assunta, conoscendo in fatto il vizio di cui essa è infetta, ma ignorandone le conseguenze giuridiche. Se non che, supposto l'accertamento di tale ignoranza, la risoluzione della questione non può veramente presentare molta difficoltà. La conferma produce l'effetto d'una *rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevansi opporre contro l'atto nullo* (detto art. 1309, § 3 Cod. civ.). Or com'è possibile ammettere che siasi rinunziato a ciò che non si conosceva? D'altra parte le parole stesse della legge tolgono qualunque incertezza in proposito; essendovi scritto che: " In mancanza d'atti di conferma, basta " che l'obbligazione venga in tutto o nella maggior parte " eseguita *volontariamente da chi conosce il vizio,* dopo il " tempo in cui l'obbligazione stessa poteva essere vali- " damente confermata „ (detto art. 1309, § 2 Cod. civ.). Bisogna *conoscere il vizio,* che rende annullabile l'obbligazione, ha detto il nostro legislatore: e l'intender ciò limitatamente alla sola *conoscenza del fatto,* che costituisce il vizio, e dà luogo alla nullità, sarebbe una restrizione arbitraria, che si apporterebbe alla generalità della legge. Eppoi, come potrebbe parlarsi di esecuzione *volontaria* dell'obbligazione, se questa fosse adempita ignorando le conseguenze giuridiche di quel fatto, di cui solo si sapesse l'esistenza materiale? (1).

Ciò che può esservi di dubbio in questo argomento riguarda dunque unicamente l'*onere della prova* intorno all'error di diritto, che sia stato causa determinante d'un atto di conferma. Incomberà al debitore, che ha eseguita un'obbligazione annullabile e vuol ripetere ciò che ha pagato, il carico di provare che ha agito per ignoranza delle conseguenze giuridiche di quel vizio di cui era in-

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 751, nª 21.

fetta la sua obbligazione? O spetterà invece al creditore che oppone la conferma di provare, come elemento di essa, la conoscenza che il debitore aveva, al tempo in cui eseguì la obbligazione, del vizio che la rendeva annullabile, e provare tale conoscenza non solo in fatto ma anche in diritto?

Fu anzi controversa un tempo la massima del doversi dal creditore, che voglia stabilire in proprio favore la conferma tacita dell'obbligazione annullabile, provare l'esistenza della duplice condizione, che il debitore abbia conosciuto il vizio della propria obbligazione, ed abbia voluto ripararlo; ovvero dell'essere sufficiente che il creditore provi l'esecuzione volontaria fatta dal debitore, salvo poi a quest'ultimo di proporre la prova, se crede di poterla somministrare, d'avere ignorato il vizio di cui la sua obbligazione era infetta. Il Toullier professò la seconda opinione (1) e riuscì a far ricredere il Merlin, che aveva prima sostenuto l'assunto opposto (2) e a far seguire la stessa massima da qualche altro giureconsulto (3). Nondimeno il precedente avviso del Merlin è adottato come regola certa dalla dottrina più recente (4); e tanto meno può esitarsi a seguirlo sotto il Codice italiano, che ha in questa parte introdotta qualche utile modificazione nella disposizione del Codice francese.

L'argomentazione del Toullier era molto semplice, ma altrettanto facilmente confutabile, o piuttosto conteneva in se stessa la propria confutazione.

" Se l'esecuzione volontaria *basta* — osservava l'illustre " autore — colui a profitto del quale il contratto è rati-

---

(1) V. Toullier, t. VIII, n. 519.

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Ratification*, n. IX, *Questions de droit*, v° *Ratification*, § V, n. V.

(3) V. Rolland de Villargues, *Rép. de la jur. du not.*, v° *Ratification*, n. 58.

(4) V. Larombière, *Théor. et prat. des oblig.*, t. IV, art. 1338, n. 37; Marcadé, art. 1338, § IV, t. V, pag. 94; Aubry e Rau, t. IV, § 337, n° 22; Demolombe, t. XXIX, n. 772-774; Laurent, t. XVIII, n. 651.

" ficato mediante l'esecuzione stessa, non ha dunque nul-
" l'altro a provare „.

L'art. 1338 del Codice francese disponeva, è vero, che " In mancanza d'atto di conferma o ratifica, *basta che* " *l'obbligazione venga eseguita volontariamente* dopo l'epoca " in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente " confermata o ratificata „. Però, non era dunque sufficiente il semplice fatto dell'esecuzione, ma bisognava che questa fosse *volontaria*, e tale non poteva riguardarsi se il debitore non conosceva il vizio della obbligazione che eseguiva, e non intendeva con ciò di ripararvi. Il creditore, che opponeva la conferma, aveva pertanto ben altro a dimostrare che il semplice fatto della esecuzione; doveva provare inoltre che questa fosse stata *volontaria*, e che perciò il debitore avesse saputo il vizio della propria obbligazione, ed avesse l'animo di toglierlo di mezzo.

Ma l'*errore non si presume* — soggiunge per nuovo argomento il Merlin — e spetta a chi lo invochi il provarlo. Anche questo è verissimo. Se non che non è il debitore che invochi il proprio errore allorchè chiede l'annullamento dell'obbligazione da lui eseguita. Di questa sua domanda egli deve certamente somministrare la prova, dimostrando l'esistenza dei fatti che danno luogo alla nullità, e la corrispondente azione che gli compete. Ma dopo ciò, se il creditore gli oppone che avendo eseguita volontariamente l'obbligazione di cui ora chiede l'annullamento, l'ha confermata, ed ha fatto con ciò scomparire il vizio medesimo di nullità, è il creditore appunto che *in questa sua eccezione si rende attore;* è a lui dunque che spetta di provare il fondamento della propria eccezione, e quindi l'esistenza delle condizioni, il concorso delle quali è indispensabile perchè l'esecuzione dell'obbligazione annullabile valga come conferma di essa, cioè la conoscenza che il debitore avesse, allorchè eseguiva l'obbligazione, del vizio che ne produceva l'annullità, e l'animo che avesse di riparare a tale vizio.

Abbiam detto che la massima, professata dalla dottrina moderna contro l'antica, è tanto più sicura per noi, in forza delle modificazioni che l'art. 1309 del nostro Codice contiene, a confronto del corrispondente art. 1338 del Codice francese. Il nostro, infatti, alle parole " *basta che* " *l'obbligazione venga eseguita volontariamente* „ ha aggiunto anche le altre " *da chi conosce il vizio* „. La conoscenza del vizio dell'obbligazione, e la corrispondente intenzione di correggerlo, è dunque posta espressamente come condizione indispensabile affinchè abbia luogo la conferma tacita; epperò chi invocando questa si assume di provare il concorso degli elementi che la costituiscono, deve indubbiamente dimostrare che all'atto di eseguire l'obbligazione annullabile, il debitore conoscesse il vizio che cagionava la nullità e volesse rimediarvi.

Rimane però ancora un dubbio. La prova che il creditore deve dare, può limitarsi alla notizia che il debitore avesse *del fatto*, che dava luogo all'annullabilità dell'obbligazione, o deve estendersi pure a stabilire che conoscesse *le conseguenze giuridiche di quel fatto*, e quindi l'annullabilità predetta? Certo è che senza quest'ultima condizione ancora la *conferma tacita* non potrebbe verificarsi; ma il creditore, che oppone tale conferma, non ha bisogno di addurre alcuna prova specifica della esistenza di quella condizione, perchè la prova ne risulta già dalla *presunzione legale* che tutti conoscano le leggi regolarmente promulgate e pubblicate. Questa presunzione, quantunque assoluta, non è tale veramente da escludere che in nessun caso mai possa farsi la prova contraria; e il debitore appunto potrà proporla, qualora eccezionalmente sia avvenuto che pur conoscendo in fatto l'esistenza del vizio che dava luogo a nullità dell'obbligazione, abbia ignorate in diritto le conseguenze giuridiche derivanti da quel vizio. Ma opponendo un tal mezzo di difesa contro l'eccezione del convenuto, l'attore in nullità dell'obbligazione ha naturalmente l'obbligo di provare la verità dell'allegazione

sua, di provare, cioè, l'*errore di diritto* in cui afferma di essersi trovato, per conchiudere che dunque la pretesa conferma tacita non ebbe luogo con conoscenza di causa (1). Ciò è contraddetto, naturalmente, da chi limita l'ammissibilità della massima che niuno possa allegare l'ignoranza delle leggi, al solo caso in cui queste siano d'*ordine pubblico* (2). Ma dimostrammo già per quali motivi ci sembri inaccettabile codesta teoria (3).

I principii che abbiamo accennati possono essere applicabili alla conferma tacita delle donazioni e delle disposizioni testamentarie, come a quella delle obbligazioni contrattuali. “ La conferma, ratifica o *esecuzione volontaria* “ di una donazione o disposizione testamentaria per parte “ degli eredi o aventi causa dal donante o testatore, dopo “ la morte di lui, include la loro rinunzia ad opporre i “ vizi delle forme e qualunque altra eccezione (art. 1311 “ Cod. civ.) „. Occorre dunque anche qui una esecuzione *volontaria*, affinchè possa costituire *conferma tacita;* nè volontaria veramente può essere, se non quando la parte, conoscendo i vizi che rendevano annullabile la disposizione che eseguiva, abbia avuto l'intenzione di rinunziare a prevalersi delle conseguenze giuridiche dei vizi medesimi. “ *Omnia quae animi destinatione agenda sunt, non* “ *nisi vera et certa scientia perfici possunt* „. Qui pure pertanto colui, che all'azione in nullità d'una donazione o d'un testamento opponga l'eccezione della conferma dedotta dall'esecuzione, che gli eredi o gli aventi causa dal donante o dal testatore abbiano data alla disposizione impugnata, sarà tenuto a provare che quella esecuzione sia stata compiuta con conoscenza dei vizi di cui l'atto era infetto, e colla intenzione quindi di rinunciare ad opporli.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 337, nª 23; Demolombe, t. XXIX, n. 775.
(2) V. Laurent, t. XVIII, n. 652.
(3) V. sopra, n. 65, pag. 273-280.

Per altro in questi casi, come in quelli di conferma tacita d'una obbligazione contrattuale annullabile, la prova della scienza dei vizi dell'atto, e della intenzione di correggerli potrà essere dedotta anche da semplici presunzioni, lasciate pel loro apprezzamento alla prudenza dei giudici (art. 1354 Cod. civ.); e queste presunzioni potranno risultare dalla natura stessa dei vizi, per ciò che concerne la conoscenza di essi da parte di chi ha eseguito l'atto, dalla natura stessa dell'atto di esecuzione per ciò che riguarda la intenzione di convalidarlo. Così, se si tratta d'un *vizio apparente*, sarà da presumersi che l'erede o avente causa dal donante o testatore l'abbia conosciuto, sol che si provi che abbia esaminato l'atto prima di eseguirlo. Così l'essere stato più o meno spontaneo, più o meno importante l'atto di esecuzione, potrà dare argomento della intenzione di confermare la disposizione per atto tra vivi o testamentaria annullabile.

Qualche autore volle anzi fare della prima di queste osservazioni una regola assoluta; insegnando che se il vizio dell'atto è apparente, vi è *presunzione legale, contro cui non è ammessa veruna prova*, che la parte dalla quale l'atto medesimo fu eseguito conoscesse i mezzi che aveva di farlo annullare; che se invece il vizio dell'atto è *occulto*, deve presumersi che la parte non lo conoscesse, e chi vuol trarre dalla esecuzione argomento di conferma ha l'onere di somministrare una prova piena in contrario (1). Ma per poter dire che vi fosse una *presunzione legale* — e tanto più una presunzione legale assoluta — bisognerebbe trovare un testo di legge che la consacrasse; nè vi è disposizione legislativa che stabilisca presumersi noti alla parte interessata i *vizi apparenti* che rendano annullabile un atto. Non può dunque trattarsi che d'una di quelle presunzioni, le quali non essendo stabilite dalla legge, vengono abbandonate al prudente apprezzamento

(1) V. Solon, *Tr. des nullités*, chap. XVI, sect. III, § I, n. 414, ss.

dei giudici (art. 1354 Cod. civ.). Tutto ciò che può affermarsi è, che la presunzione di conoscenza del vizio apparente — una volta che sia provato avere la parte esaminato l'atto prima di dargli esecuzione — è naturale, e perciò difficilmente potrebbe ammettersi il contrario, se non ne venissero somministrate prove certe e manifeste.

Tutto ciò per altro riguarda unicamente la conoscenza, che l'interessato abbia avuta, della *esistenza in fatto* dei vizi, che rendano annullabile l'atto. Ma è da ripetersi anche qui ciò che abbiam notato parlando della conferma delle obbligazioni; che, cioè, accertata in fatto la conoscenza della causa di nullità, è da presumersi in diritto che la parte sapesse di poter invocare la nullità stessa, e che quindi eseguendo, ciò non ostante, volontariamente l'atto, abbia inteso di confermarlo. È da ritenersi però del pari, che una tale *presunzione legale*, fondata sull'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice civile, non esclude la prova contraria; e che chi invoca la nullità dell'atto, e combatte l'oppostagli eccezione di conferma, può essere ammesso a provare che non eseguì la disposizione di donazione o di testamento fuorchè per un *errore di diritto*, avendo ignorata la disposizione di legge da cui quella nullità dipendeva. Solo è da avvertirsi che in questa specialità di materia, più ancora che in quella della conferma di obbligazioni contrattuali, dovrebbesi richiedere una giustificazione ben evidente dell'allegato errore di diritto; perchè qui non è solo la presunzione generale che niuno ignori la legge, che faccia ostacolo ad una tale allegazione. Qualche autore ne ha assegnato questa ulteriore ragione; che l'error di diritto sia allegabile unicamente allo scopo di evitare un danno nel proprio patrimonio, mentre l'erede, che ha data esecuzione ad una donazione o disposizione testamentaria nulla, non ha fatto che *perdere l'occasione di un guadagno* (1). Ma, prescindendo dall'esaminare quanta ve-

(1) V. Duranton, t. IX, n. 104.

rità vi sia in quest'ultima proposizione, basterà riferirci ai motivi esposti in uno dei numeri precedenti, e pei quali reputammo che la regola: *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus*, non abbia nel diritto nostro quell'applicabilità generale ed assoluta che alcuni vorrebbero (1). Più giusta crediamo una ragione diversa, che altri autori addussero per giustificare la massima, che maggiore sia la difficoltà di ammettere l'allegazione dell'error di diritto per parte degli eredi, a cui si opponga la conferma tacita derivante dall'esecuzione volontaria da essi data alla disposizione testamentaria del loro autore. “ Due motivi — “ osservano questi giureconsulti — possono avere determinato l'erede ad eseguire il testamento; o l'error di “ diritto, o l'intenzione di rendere omaggio al defunto “ adempiendone le ultime volontà. Ora, poichè l'error di “ diritto non si presume, è da supporre che sia il secondo “ motivo che abbia determinato l'erede ad eseguire la “ disposizione del suo autore (2) „.

Nei casi figurati finora l'error di diritto, allegato allo scopo di escludere la conferma tacita d'una obbligazione o d'una donazione o disposizione testamentaria annullabile, riguarderebbe l'atto di cui fosse invocato l'annullamento. Può però verificarsi invece che al medesimo scopo si adduca un error di diritto concernente l'atto medesimo di conferma. Taluno ha volontariamente eseguita una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità, conoscendo il vizio di cui quella obbligazione era infetta, e dopo il tempo nel quale l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata; si è quindi nei precisi termini dell'art. 1309, § 2°. Nondimeno, venendo opposta all'azione di nullità da lui promossa l'eccezione della conferma tacita, egli si difende allegando di avere ignorato che il fatto della volontaria esecuzione producesse la rinunzia al mezzo

---

(1) V. sopra, n. 66, pag. 287-290.
(2) V. Aubry e Rau, t. VII, § 664, nª 13.

di nullità proponibile contro quell'obbligazione. Sarà ammissibile la prova, che si chieda di fare in proposito? Crediamo certa la risposta negativa.

L'error di diritto, in questa ipotesi, verrebbe addotto allo scopo di sottrarsi alla diretta applicazione della legge contenuta nei paragrafi secondo e terzo dell'art. 1309; mentre abbiam già dimostrato che l'ignoranza della legge non è mai allegabile per ottenerne la disapplicazione diretta (1).

75. Coll'atto di conferma, di cui trattammo nel numero precedente, hanno analogia quelli di riconoscimento d'obbligazioni, e di rinunzia a diritti. Ogni conferma contiene infatti virtualmente una ricognizione della obbligazione, di cui si voglia correggere i vizi, ed una rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro l'atto da cui l'obbligazione deriva. La differenza tra quell'atto e questi non è però meno evidente; perchè la conferma è caratterizzata dalla intenzione di correggere i vizi che rendono annullabile l'obbligazione contratta, ciò che non si verifica nella semplice ricognizione di debito; e se qualunque conferma contiene virtualmente una rinunzia, non ogni rinunzia a diritti costituisce una conferma.

Parlando di riconoscimento d'obbligazioni, non intendiamo però di riferirci agli *atti di ricognizione*, di cui parla l'art. 1340 del Codice civile. Con questi non si fa che riconoscere a profitto d'altre persone l'esistenza di diritti personali o reali risultanti da titoli anteriori, assoggettandosi all'esercizio di tali diritti e all'adempimento delle obbligazioni che vi corrispondono; ond'è che l'esistenza appunto d'un titolo anteriore o primordiale, a cui i diritti delle parti si riferiscono, e che prevale, in caso di disaccordo, sull'atto ricognitivo, caratterizza questo e lo differenzia da un atto di puro e semplice riconoscimento d'obbligazione.

---

(1) V. sopra, n. 64, pag. 265, ss.

L'atto di ricognizione propriamente detto non è dunque che un mezzo supplementare di prova d'un diritto già risultante da un titolo preesistente; e siccome non contiene un consenso, da cui nascano obbligazioni e diritti nuovi, non può rispetto ad esso sorgere questione se sia impugnabile per errore di diritto.

Il semplice riconoscimento d'una obbligazione, non risultante da un documento anteriore o primordiale, ha il carattere d'una *confessione* fatta fuori di giudizio alla parte, e formante quindi a profitto di questa una piena prova (art. 1357, 1358 Cod. civ.). E siccome, per motivi di cui dovremo occuparci appresso, *la confessione non può essere ritrattata sotto pretesto di un errore di diritto* (art. 1360, § 3° Cod. civ.), così non vi è difficoltà a ritenere che un tale errore non è allegabile per impugnare l'atto di riconoscimento d'una obbligazione, qualora in tale atto si contenga semplicemente la *prova del fatto giuridico* che ha dato luogo all'obbligazione; contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto. È però altrimenti quando l'obbligazione riconosciuta derivi dalla disposizione della legge (art. 1097 Cod. civ.). La confessione, nel senso vero e proprio, in cui soltanto è applicabile la massima scritta nell'ultimo paragrafo dell'art. 1360, è la dichiarazione con cui taluno riconosce come vero, pei rapporti che lo riguardano, un fatto di tale natura da poter produrre contro di lui certe conseguenze giuridiche. Così dunque non costituisce una vera confessione, nè va soggetta al disposto dell'art. 1360, paragrafo ultimo, una dichiarazione relativa al modo in cui debbano essere regolati secondo la legge certi rapporti tra il dichiarante ed un'altra persona; come avviene appunto allorchè il riconoscimento concerna un'obbligazione derivante dalla legge. Quando taluno ha riconosciuto in un atto di avere assunto una determinata obbligazione in forza di contratto, o di quasi-contratto, o di delitto, o di quasi-delitto, l'impugnare quella dichiarazione adducendo un error di diritto che ve lo avesse

determinato, equivarrebbe ad una ritrattazione della confessione fatta stragiudizialmente alla parte; nè si può ritrattarla, perchè vi osta l'art. 1360, paragrafo ultimo. Ma se invece quella persona non ha fatto che dichiarare di essere tenuta in forza di legge ad una data obbligazione — per esempio a prestare gli alimenti ad un tale — e se in codesta dichiarazione ha errato, perchè la legge non l'obbligava punto ad alimentare quel tale, l'art. 1360 non ha alcuna applicabilità, non trattandosi d'una *confessione* nel vero senso della parola; e d'altra parte l'obbligazione riconosciuta non può sussistere, non avendo essa fondamento nè nella disposizione della legge, dalla quale erroneamente si supponeva derivare, nè nell'atto di riconoscimento, col quale non si voleva creare una obbligazione, ma semplicemente far constare di quella che si reputava preesistente, od anche determinarne inoltre i modi di adempimento. L'allegabilità dell'errore di diritto non può dunque in questo caso esser dubbia.

Nello stesso ordine di principii può però presentarsi a risolvere un caso di maggiore difficoltà. Taluno ha riconosciuto come esistente a suo carico un debito, ch'era estinto per prescrizione; e vi si è determinato per un error di diritto, ritenendo, per es., come soggetto alla sola prescrizione ordinaria quel debito, che era invece estinguibile con una prescrizione più breve. Codesto errore sarà adducibile per isciogliersi dagli effetti dell'atto di riconoscimento?

Gli argomenti, che possono addursi per la risoluzione negativa, sono certamente assai gravi. Non è negabile che quel riconoscimento costituisca una vera confessione della esistenza del debito; epperò sembra chiara l'applicabilità dell'ultimo paragrafo dell'art. 1360 del Codice civile, che vieta di ritrattare, sotto pretesto di un errore di diritto, la confessione ancorchè stragiudiziale. D'altra parte, sebbene la prescrizione sia annoverata tra i modi di estinzione delle obbligazioni, tra i mezzi per

cui da queste si può liberarsi (art. 1236, 2105 Cod. civ.), non è però ammissibile che codesti effetti di estinzione dell'obbligazione e di liberazione del debitore si operino *di pien diritto*, pel solo compiersi del tempo stabilito dalla legge; mentre — com'è espresso nello stesso art. 2105 — quella liberazione non si verifica se non *col decorso del tempo, e sotto altre condizioni determinate*, tra le quali quella che *la prescrizione sia opposta dal debitore*, non potendo il giudice supplirvi d'ufficio (art. 2109 Cod. civ.). La prescrizione non è quindi altro che una *eccezione opponibile dal debitore*, fondata sul non essersi esercitato il *diritto di azione* entro il tempo prefisso dalla legge; e finchè quella eccezione non sia opposta, il diritto di azione continua a sussistere; e quando la prescrizione è ammessa, ha per effetto di privare l'obbligazione della sua efficacia civile, ma la lascia tuttavia sussistere come obbligazione naturale. Quando il debitore, invece di opporre l'eccezione di prescrizione, riconosce come esistente il debito prescritto, viene dunque a rinunziare alla prescrizione medesima, come può fare secondo l'art. 2107, essendo essa già compiuta, ma non contrae una obbligazione nuova, sussistendo ancora la prima. È questa, a cui si mantiene col riconoscimento quella efficacia civile che non ha perduta, non essendo ancora stata opposta l'eccezione di prescrizione. Ora, nel caso stesso in cui sia stato eseguito il pagamento per una obbligazione non avente efficacia civile, la legge, concedendo la ripetizione di ciò che siasi pagato indebitamente, sia pure per errore di diritto, dichiara però espressamente che: " La ripetizione non è " ammessa *riguardo alle obbligazioni naturali* che si sono " volontariamente soddisfatte „ (art. 1237 Cod. civ.). A tanto maggior ragione deve dunque ritenersi che non sia lecito impugnare, sotto pretesto dell'errore di diritto, l'atto con cui rinunziando tacitamente ad una prescrizione compiuta, e riconoscendo come tuttora esistente il debito prescritto, si è mantenuta in vita una obbligazione, non

solo naturale, ma che aveva ancora la sua efficacia civile, della quale non sarebbe rimasta privata se non quando la eccezione di prescrizione fosse stata opposta ed ammessa.

Non ostante tutto ciò, ci sembrano preponderanti le considerazioni sulle quali può fondarsi l'opinione opposta.

L'art. 1360, paragrafo ultimo, sarebbe da applicarsi qualora si trattasse d'una semplice confessione di debito; ma l'atto che supponiamo conterrebbe di più, la rinunzia alla prescrizione compiuta, che potrebbe opporsi a quel debito per la estinzione di esso. Anzi può dirsi che appunto per quest'ultimo oggetto, anzichè pel primo, venga invocato quell'atto, del quale non vi sarebbe altrimenti alcun bisogno per far constare della obbligazione già risultante dal titolo anteriore. Ora, se colui, che ha riconosciuto il debito prescritto, riescisse a provare di non essersi determinato a tale atto fuorchè per errore di diritto, come potrebbe più sostenersi la esistenza stessa di quella rinunzia? Come sarebbe possibile ammettere ch'egli avesse inteso di rinunziare alla prescrizione più breve, mentre ignorava di poterla invocare, mentre credeva che solo colla prescrizione ordinaria fosse estinguibile la sua obbligazione? E come dunque potrebbe negarglisi l'ammissibilità di quella prova?

Ciò che accennammo intorno all'indole giuridica della prescrizione, ed agli effetti della rinunzia ad opporla, è bensì vero; ma per conchiuderne che col riconoscere il debito prescritto siasi mantenuta viva nella sua stessa efficacia civile l'obbligazione, bisogna supporre avvenuta una rinunzia valida alla prescrizione stessa; mentre quando il debitore si è determinato a quell'atto di riconoscimento unicamente perchè credette per errore non essere ancora prescritto il debito, non solo non ha rinunziato validamente alla prescrizione, ma non ha fatto anzi rinunzia alcuna, non essendo possibile supporgli la intenzione di spogliarsi del diritto ad opporre una eccezione, che non sapeva competergli.

L'argomento dedotto dall'art. 1237, § 2° Cod. civ. non può applicarsi per analogia al caso supposto ora. Quell'articolo esclude bensì la ripetizione di ciò che sia stato pagato per errore, anche di diritto, soddisfacendo ad *obbligazioni naturali*, ma ciò sotto la condizione espressa che il pagamento sia stato eseguito *volontariamente;* e qui la volontà di mantenere in vita l'obbligazione prescritta non può verificarsi, dal momento che si suppone potersi provare che l'autore dell'atto ignorasse di poter opporre quella prescrizione.

Conchiudiamo pertanto, che colui, dal quale sia stato riconosciuto un debito prescritto, non potrebbe certamente impugnar mai, sotto pretesto di error di diritto la confessione contenuta in quell'atto, che cioè la sua obbligazione esistesse in fatto e in diritto — e in ciò appunto troverà la sua applicazione il disposto dell'art. 1360, paragrafo ultimo — ma potrà nondimeno opporre contro l'obbligazione stessa l'eccezione di prescrizione, e qualora l'altra parte si difendesse da tale eccezione invocando l'atto di riconoscimento del debito, il debitore potrà impugnare codesto atto, in quanto si pretenda attribuirgli l'effetto d'una rinunzia alla prescrizione, allegando e provando l'error di diritto, sotto la cui influenza il riconoscimento fu fatto, e che esclude ogni idea d'una simile rinunzia.

Dal caso di cui ora parlammo, d'un atto contenente rinunzia ad un mezzo speciale di eccezione — qual è la prescrizione estintiva delle obbligazioni — passiamo ora a considerare generalmente gli atti di rinunzia a diritti. Tali atti, portando l'abdicazione o l'abbandono di qualche diritto appartenente al rinunciante, possono aver luogo tanto a titolo gratuito che mediante correspettivo; ma nell'uno e nell'altro caso non divengono perfetti, se non coll'accettazione della persona a cui vantaggio la rinunzia è fatta. Fino a tale momento pertanto non può neppure esservi occasione di avere ad invocare un error di diritto,

che fosse stato causa determinante alla rinunzia, per farne annullare l'atto, giacchè questo sarebbe senz'altro revocabile a volontà del rinunciante, salvi però i diritti che terze persone avessero nel frattempo potuto acquistare (arg. art. 950 Cod. civ.). Ma quando poi l'atto fosse divenuto apparentemente perfetto per l'accettazione fatta dalla persona a cui profitto la rinunzia fosse stata emessa, il consenso prestato dal rinunciante potrebb'essere impugnato per nullità qualora l'error di diritto ne fosse stato la causa unica o principale, secondo il principio fondamentale scritto nell'art. 1109 del Codice civile; poichè infatti non sarebbe da riguardarsi come un vero atto di volontà quello che fosse stato determinato unicamente o principalmente da un tale errore.

Nondimeno a questa massima è da farsi una limitazione pel caso in cui non si tratti veramente d'una semplice rinunzia di diritti fatta da una persona a favore di un'altra, ma essendosi dalle due parti concordate concessioni reciproche, rinunciando ciascuna parzialmente alle proprie pretensioni, nell'intento di por fine ad una lite o prevenirla, concorrano gli estremi d'una transazione; poichè, per motivi che dimostreremo più oltre, è stato stabilito non essere le transazioni impugnabili per causa di errore di diritto (art. 1772, § 2° Cod. civ.).

È da osservarsi inoltre, che qualora al tempo dell'atto di rinunzia il diritto formante oggetto di essa fosse stato gravemente controverso nelle opinioni dei giureconsulti e nelle decisioni dei tribunali, l'essersi posteriormente stabilita la dottrina e la giurisprudenza in un determinato senso, od anche l'essere intervenuta una interpretazione autentica, non darebbe luogo ad annullare per errore di diritto l'atto con cui la parte avesse consentito a risolvere quella controversia nel senso opposto; perciocchè non potrebbe neppur dirsi che di quel consenso fosse stato causa unica o principale un errore di diritto, ma essendovi necessità di risolvere nell'uno o nell'altro modo la controversia, la

parte avrebbe adottato scientemente e liberamente quella tra le opposte opinioni che reputava fondata, talchè sarebbe apertamente contrario alla buona fede il pretendere d'impugnare più tardi la convenzione adducendo il pretesto d'un errore di diritto.

L'*acquiescenza*, che taluno faccia ad una domanda mossa o ad un'azione giudiziale intentata da altri, partecipa ad un tempo dei caratteri d'una *ricognizione* e d'una *rinunzia;* d'una ricognizione, in quanto si confessa esistente il diritto personale o reale che altri reclama; d'una rinunzia, in quanto si abbandonano i mezzi di eccezione o di difesa con cui la domanda o l'azione potesse essere respinta. Da ciò seguirebbe, a nostro modo di vedere, che l'allegabilità, o non, dell'errore di diritto in questi casi dovesse dipendere dal versar esso intorno alla confessione del fatto giuridico che dà luogo al diritto reclamato dall'altra parte, o piuttosto intorno ai mezzi legali con cui, nonostante l'esistenza di quel fatto, potevasi impugnare il diritto predetto. Taluno, per esempio, allega e domanda di provare che causa unica o principale della sua acquiescenza alla domanda od all'azione altrui sia stata l'ignoranza in cui si trovava delle conseguenze giuridiche di ciò che veniva a riconoscere a favore dell'avversario. Non potrà essere ascoltato; perchè da un lato non può ritrattare la confessione emessa, e dall'altro non può sottrarsi alle conseguenze giuridiche che il fatto da lui dichiarato vero deve produrre secondo la legge, comunque egli l'abbia ignorata. Tale altro, invece, si è acquietato ignorando un mezzo perentorio di eccezione, che la legge gli accordava contro la domanda o l'azione intentatagli, e chiede di somministrarne la prova. Dovrà esservi ammesso; perchè a rimuovere codesta eccezione sarebbe indispensabile che egli vi avesse validamente rinunziato, al che osta il vizio di cui trovasi infetto l'atto che conterrebbe la rinunzia, se ne fu causa unica o principale l'errore di diritto.

Coll'acquiescenza a domande od azioni altrui non è da confondersi quella che si verifichi rispetto ai giudicati; cioè l'accettazione espressa o tacita d'una sentenza, che importa rinunzia al diritto d'impugnarla coi mezzi ordinari o straordinari di ricorso accordati dalla legge (art. 465 Cod. proc. civ.). Non sarebbe mai ammissibile l'allegazione d'un errore di diritto qual che si fosse, per impugnare codesta acquiescenza, la quale ha per effetto di dar forza irretrattabile di cosa giudicata alla sentenza accettata; e questa non essendo certamente impugnabile, fuor dei casi, dei mezzi e del tempo stabiliti dalla legge, per qualunque error di diritto potesse esservi incorso, non è lecito alla parte di derogare a questo principio d'ordine pubblico, sotto il pretesto di aver essa dato luogo a quella irretrattabilità del giudicato accettandolo, quando ancora era soggetto a mezzi di ricorso, e di aver fatto ciò per un error di diritto che sia stato causa unica o principale della sua determinazione. L'ammettere la massima contraria equivarrebbe a togliere ogni efficacia agli atti d'accettazione delle sentenze, colle quali fosse stato deciso qualche punto di diritto controverso; poichè la parte accettante potrebbe sempre impugnare tali atti adducendo, che come i giudici nel pronunciar la sentenza, così essa parte accettandola, fosser caduti in errore di diritto.

A questa massima, però, è da farsi una limitazione; pel caso in cui a far nascere l'errore, nel quale l'accettante fosse caduto, avesse dato causa il *dolo* praticato dall'altra parte contendente. È chiaro infatti che essendo questa obbligata a risarcire il danno cagionato col dolo proprio, non potrebb'essere ammessa a compiere questo danno costringendo l'altra parte a rispettare l'acquiescenza data in causa dell'errore in cui l'avesse indotta.

76. In materia di successioni, gli atti di accettazione e di rinunzia d'eredità non sono suscettibili d'impugnazione per error di diritto; perchè se la scusa fondata

su tale errore venisse ammessa, servirebbe a sottrarsi alla diretta applicazione della legge, evitando le conseguenze giuridiche da essa assegnate a quei determinati atti.

Così chi abbia fatto nei modi di legge atto di accettazione pura e semplice d'una eredità, non può sottrarsi all'obbligazione personale di soddisfare in proporzione della propria quota i debiti ed i pesi ereditari, anche oltre il valore della eredità stessa (art. 1029 Cod. civ.), allegando che l'accettazione sia stata determinata da un errore di diritto.

Quella obbligazione è la conseguenza derivante per legge direttamente dall'atto di accettazione legalmente compiuto, e vi corrisponde un diritto acquisito a favore dei terzi, creditori della eredità e legatari. Pretendere di non esser tenuto a soddisfare quella obbligazione per avere ignorata la disposizione della legge, è quanto opporsi direttamente per tale motivo alla esecuzione della legge medesima; ciò che non può essere permesso, come non è lecito rifiutarsi di subire gli effetti legali d'un contratto adducendo l'error di diritto intorno a questi effetti stessi (1). In tal senso è infatti la disposizione espressa dell'art. 942, secondo cui: " L'accettazione della eredità *non si può impugnare, salvo che " sia stata la conseguenza della violenza o del dolo* "; ond'è esclusa manifestamente la impugnabilità dell'accettazione d'eredità per causa di errore. Una limitazione è fatta nell'ultimo paragrafo dell'articolo stesso pel caso che " sia " venuto a scoprirsi un testamento del quale non si aveva " notizia al tempo dell'accettazione " dichiarandosi allora *non tenuto l'erede a soddisfare i legati, scritti nel testamento scoperto, oltre il valore della eredità, e salva sempre la porzione legittima che sia dovuta all'erede stesso;* ma ciò riguarda evidentemente un *errore di fatto*, e conferma la regola della irrepugnabilità dell'atto di accettazione, quanto all'errore di diritto.

---

(1) V. sopra, n. 66, pag. 283, 284.

Per ragioni simili deve pure ritenersi irretrattabile per causa di errore di diritto l'atto di rinunzia ad una eredità fatto nei modi di legge. Finchè il diritto di accettare non sia prescritto pel decorso di trent'anni dal giorno dell'aperta successione (art. 943 Cod. civ.) il rinunciante può bensì ancora accettare l'eredità, purchè altri non l'abbia accettata prima, e salve sempre le ragioni particolari che sui beni ereditari siano state acquistate da terzi, sia per prescrizione, sia per atti validamente fatti col curatore della eredità giacente (art. 950 Cod. civ.). Ma se l'accettazione per parte d'altri successibili è avvenuta in qualunque modo legittimo, o se terze persone hanno frattanto acquistate validamente ragioni particolari sovra determinati beni della eredità, non può in onta di tali diritti acquisiti impugnarsi per error di diritto l'atto di rinunzia, perchè ciò equivarrebbe ad opporsi, sotto il pretesto di avere ignorata la legge, alla diretta esecuzione della disposizione di essa, che considera chi ha rinunziato alla eredità *come se non vi fosse mai stato chiamato* (art. 945 Cod. civ.).

Un'autorevole opinione in senso opposto fu manifestata pel caso di un legittimario, al quale negandosi la esercibilità di qualunque diritto per la riserva, in seguito alla rinunzia da lui fatta alla successione, chiedesse d'essere rilevato dagli effetti della rinunzia stessa per causa dell'errore di diritto, allegando la credenza in cui era di potere, non ostante la rinunzia, ritenere i beni lasciatigli fino a concorrenza della legittima. Ed a confutazione della massima adottata da una Corte, che aveva deciso non farsi luogo ad impugnare la rinunzia per tale errore, si disse che: “ l'error di diritto vizia il consenso non meno “ dell'errore di fatto, il che decide la questione in favore “ dell'erede „ (1).

Ci sembra però che sia troppo spinta questa parificazione completa, che vorrebbesi fare tra l'errore di fatto

(1) V. Laurent, t. XII, n. 161, pag. 220.

e l'errore di diritto, nè quindi sia esatta la conseguenza che se ne deduce. Certamente, l'error di diritto può viziare il consenso al pari dell'errore di fatto; e perciò si ammette che anche per errore di diritto possa taluno impugnare una convenzione od un atto, di cui quell'errore sia stato la causa unica o principale. Ma nel caso supposto non si tratta veramente di far annullare l'atto di rinunzia, perchè determinato da un errore che ne sia stato la causa unica o principale; sibbene piuttosto di rimuovere una conseguenza giuridica dell'atto compiuto, allegando di avere ignorato che una tale conseguenza dovesse derivarne; ciò che non può essere ammesso, perchè tende a togliere efficacia alla legge, in causa dell'ignoranza individuale di essa, ad impedirne la diretta applicazione ed esecuzione.

77. Accennammo altra volta all'opinione sostenuta da alcuni commentatori del diritto romano, quantunque oppugnata da altri, che pel pagamento indebito, sebbene eseguito per errore di diritto, qualora non avesse avuta altra giusta causa, si facesse luogo all'azione in ripetizione (1). Ora, è questa una massima che nella dottrina moderna non è più controversa. Le danno fondamento i testi stessi dei Codici; i quali ammettono il diritto alla restituzione di ciò che sia stato pagato indebitamente, senza distinguere se l'errore, in causa del quale il pagamento sia stato eseguito, sia *di fatto* o *di diritto*. Così è, infatti, anche nel Codice italiano, che all'art. 1145 dichiara: " chi *per errore* o scientemente riceve ciò che " non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo a colui dal " quale lo ha indebitamente ricevuto „ e nell'art. 1237: " ogni pagamento presuppone un debito; ciò che è pagato " *senza essere dovuto*, è ripetibile „.

Il silenzio dei testi, che non distinguono tra l'errore di fatto e quello di diritto, assume una importanza ed

(1) V. sopra, n. 65, p. 271.

una significazione maggiore da ciò, che i moderni legislatori, non avendo potuto ignorare la gravissima controversia che si agitava prima tra i giureconsulti, non avrebbero mancato di dichiarare espressamente la inallegabilità dell'error di diritto, se avessero creduto che non dovesse dar luogo all'azione in ripetizione dell'indebito. Si aggiunge altresì che nei casi particolari, in cui si è voluto escludere l'allegabilità dell'errore di diritto, si è avuta cura di dirlo esplicitamente (art. 1360, § ult.mo, 1772, § 2° Cod. civ.).

Colla lettera concordano d'altra parte i motivi della legge. L'ammissibilità della vera e propria azione in ripetizione per indebito pagamento (*condictio indebiti*) — sia nel caso che taluno abbia ricevuto ciò che non era dovuto, od era dovuto ad altra persona (art. 1145 Cod. civ.), sia nel caso che abbia ricevuto da una persona ciò che gli doveva un'altra (art. 1146 Cod. civ.) — è veramente subordinata sempre alla duplice condizione, che il pagamento sia stato effettuato senza una causa giuridica sufficiente a motivarlo da parte di chi lo ha eseguito, e che questi abbia pagato *per errore*. La legge esprime questa condizione solamente pel secondo dei casi suavvertiti, e che è contemplato nell'art. 1146; e pel primo caso, l'articolo 1145 dichiara anzi essere indifferente che chi ha ricevuto un pagamento indebito lo abbia accettato *per errore o scientemente*. Ma una tale dichiarazione riguarda appunto esclusivamente *chi riceve ciò che non gli è dovuto*, essendo la condizione di lui rimpetto alla persona da cui fu fatto il pagamento indebito, che il detto art. 1145 intende regolare. Quanto invece al solvente, affinchè gli competa azione in ripetizione, è indispensabile, sì nei casi dell'art. 1145, che in quello dell'art. 1146, che abbia pagato *per errore* ciò che non doveva. Se all'opposto ha agito scientemente, s'intende che abbia voluto usare una liberalità, non revocabile dal momento in cui è accettata. Così era deciso formalmente in diritto romano: “ Et quidem,

“ si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem “ condicere potest; sed *si sciens se non debere solvit, cessat* “ *repetitio* „ (L. 1, § 1, ff. *De condict. indebiti*).

In diritto moderno è sorta controversia sul doversi adottare la stessa massima; e scrittori reputatissimi hanno sostenuto essere richiesta la condizione dell'errore per la ripetizione dell'indebito pagamento nel solo caso in cui sia stato soddisfatto da chi non era il vero debitore ciò che realmente era dovuto al ricevente, non nell'altro caso di pagamento eseguito per un debito non esistente (1). La dottrina più recente è però concorde nel ritenere da osservarsi tuttora la surriferita regola insegnata da Ulpiano (2). E senza entrare in una discussione che appartiene alla materia speciale dei quasi-contratti, ci limiteremo qui a dire che tale opinione ci sembra giustificata dai precedenti storici delle disposizioni degli art. 1376 e 1377 del Codice francese, a cui corrispondono gli art. 1145 e 1146 del Codice nostro, e dalle ragioni addotte nella discussione del Codice francese stesso.

Ritenuto però che il pagamento dell'indebito debba essere stato eseguito per errore, affinchè lasci luogo all'azione in ripetizione, non è poi da fare distinzione, come non ne fa la legge, tra l'errore *di fatto* e quello *di diritto*; poichè nell'un caso come nell'altro, chi ha ricevuto ciò che non gli era dovuto, lo riterrebbe *senza causa* (3).

78. Ci resta ora di dimostrare le applicazioni principali dell'altro principio, che l'errore di diritto può essere allegato allo scopo d'invocare gli effetti attribuiti dalla

---

(1) V. Marcadé, art. 1376-1377, § 1, t. V, pag. 255, 256; Mourlon, *Revue pratique*, t. XVIII, pag. 196; Colmet de Santerre, t. V, n. 357 *bis*.

(2) V. Aubry e Rau, t. IV, § 442, n. 2, 3, 4; Demolombe, t. XXXI, n. 276-279; Laurent, t. XX, n. 353, pag. 375-378.

(3) V. Duranton, t. XIII, n. 602; Marcadé, art. 1376-1377, §, II, t. V., pag. 256; Aubry e Rax, t. IV, § 442, n° 5; Demolombe, t. XXXI, n. 280; Laurent, t. XX, n. 354, pag. 378.

legge alla *buona fede*, la quale dipenda dall'aver commessi atti o fatti in conseguenza appunto di tale errore (1).

In tale argomento è da richiamarsi prima di tutto una massima, di cui già sopra abbiamo avuto occasione di far cenno, come adottata da molti scrittori, e come veramente preferibile secondo i principii; la massima, cioè, che per gli effetti civili del *matrimonio putativo*, giusta la disposizione dell'art. 116 del Codice civile, possa allegarsi la buona fede, ancorchè dipendente dall'avere ignorati in diritto i vizi pei quali il matrimonio medesimo sia stato dichiarato nullo (2).

Questa opinione non ha però mancato di contraddittori autorevoli; i quali, fondandosi sui principii, che la buona fede — per costituire un *matrimonio putativo*, suscettibile, non ostante la dichiarazione giudiziale della sua nullità, di produrre gli effetti civili riguardo ai coniugi ed ai figli — debba consistere nell'*ignoranza scusabile* delle cause che si opponevano alla validità del matrimonio stesso, e che d'altra parte l'ignoranza della legge non sia scusabile mai, ne conchiusero che dunque l'error di diritto non possa addursi come fondamento di buona fede per gli effetti del matrimonio putativo (3). In tutto ciò vi è qualche cosa di vero, ma non basta per autorizzare alla conchiusione che se ne vorrebbe trarre.

Certamente, non potrebb'essere ascoltato chi allegasse una ignoranza inescusabile, di fatto o di diritto, per mantenere in proprio favore gli effetti d'un matrimonio contratto nullamente. Sarebbe possibile applicare il favore eccezionale dell'art. 116 del nostro Codice — che lascia sussistere gli effetti civili d'un matrimonio annullato, derogando al principio che ogni atto dichiarato nullo si

---

(1) V. sopra, n. 64, pag. 268, 65, p. 276.

(2) V. sopra, n. 65, pag. 279, n. 66, pag. 284.

(3) V. Delvincourt, *Cours de Code civil*, t. X, pag. 75, nª 2; Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. II, chap. I, pag. 3, 4; Duranton, t. II, n. 371 (t. I, n. 958 Ed. Bruxelles); Vazeille, *Tr. du mariage*, t. I, n. 272.

considera come non mai esistito giuridicamente — sarebbe mai possibile applicarlo a colui che adducesse di aver ignorata la parentela esistente tra lui ed una sua sorella, o di non aver saputo che questa parentela costituisse impedimento al matrimonio? Ma, d'altra parte, neppur può dirsi assolutamente inescusabile ogni errore di diritto. Suppongasi che una straniera, — le leggi del cui paese non esigano il consenso dei genitori nè per l'uno nè per l'altro degli sposi quando siano maggiori di 21 anni — abbia ignorato che secondo la legge italiana il figlio dovesse riportare pel matrimonio il consenso del padre e della madre finchè non avesse compiuto il venticinquesimo anno; o che un contadino abbia contratto matrimonio colla vedova d'un proprio fratello, o con una nipote, ignorando l'esistenza d'un impedimento legale, di cui gli bisognasse domandare dispensa. Sarà questo un errore da reputarsi imperdonabile, come dipendente da *colpa lata* di chi v'incorse?

Quanto poi a ritenere inescusabile ogni errore di diritto sul fondamento della massima — *nemo jus ignorare censetur* — basti ricordare ciò che dimostrammo; non essere, cioè, questa massima da applicarsi in tutto il suo rigore, fuorchè ai casi in cui si tratti dell'*applicazione diretta* d'una disposizione di legge, ai cui effetti od alle conseguenze della cui inosservanza taluno pretenda di sottrarsi allegando di non averla conosciuta. Poichè fra tali casi non è certamente da annoverarsi questo; in cui non si vuol già sostenere la validità del matrimonio, non ostante la violazione delle leggi che la subordinavano a condizioni od a formalità che non vennero adempite, ma supponendosi anzi già avvenuta la dichiarazione di nullità del matrimonio, nella cui celebrazione si contravvenne alla legge — di guisa che questa ottiene pienamente la sua diretta applicazione riguardandosi per l'avvenire come affatto inesistente quel matrimonio, e divenendone impossibile qualunque ulteriore effetto giuridico — s'intende

solo di approfittare del benigno temperamento adottato dal legislatore stesso nell'art. 116 del Codice civile, invocando la *buona fede* per mantenere quegli effetti civili che il matrimonio contratto aveva già prodotti, sotto il suo carattere apparente, prima che ne venisse pronunciato l'annullamento.

E perchè, d'altra parte, si limiterebbe questo beneficio legale della buona fede ai soli casi in cui essa sia stata originata da errore di fatto, e non da errore di diritto? Pure, sì nell'una che nell'altra ipotesi — supposto sempre che si tratti d'un errore *scusabile* — la buona fede giustifica ugualmente la protezione della legge, sia poi che quella provenga dalla ignoranza d'un fatto o di un punto di diritto. Fu obbiettato che l'error di diritto avrebbe potuto evitarsi dalle parti consultando persone esperte delle leggi. Ma la risposta era ovvia: il chiedere informazioni e consigli suppone il dubbio; chi è in buona fede, ignorando affatto l'esistenza d'un ostacolo legale al matrimonio che vuol contrarre, appunto perchè non dubita, non cerca schiarimenti.

Infine, il testo della legge (art. 116 Cod. civ.) parla genericamente del *matrimonio dichiarato nullo*, ma *contratto in buona fede*, nè distingue se questa sia il risultato d'un errore di fatto o d'un errore di diritto. Sarebbe dunque meramente arbitrario l'introdurre in questa disposizione una distinzione ch'essa non fa. La buona fede consiste nell'ignorare i vizi che rendano annullabile un matrimonio; e ciò può dipendere tanto dal non conoscere la esistenza dei fatti che costituiscono l'impedimento, sebbene sia nota la disposizione di legge che lo stabilisce, quanto dal non conoscere questa disposizione, sebbene si sappia che quei fatti sussistono. Nell'un caso come nell'altro il matrimonio viene dunque contratto *in buona fede;* e ciò basta, secondo il testo, indipendentemente da qualunque altra condizione per far produrre da quel matrimonio gli effetti civili; nell'un caso come nell'altro la buona fede dei contraenti,

o d'uno di essi, fu considerata dal legislatore come degna della sua protezione.

Nel professare questa massima sono infatti oggimai concordi i più recenti scrittori (1). Solamente, com'è facile intendere, ancorchè il matrimonio nullamente contratto sia putativo per un errore di diritto, vi è sempre un punto di fatto necessario a stabilirsi, cioè la ignoranza scusabile, in cui i contraenti o l'uno di essi siansi trovati, della disposizione di legge da cui derivava l'impedimento a quel matrimonio; e nel riconoscere in fatto se una tale ignoranza siasi verificata, è aperto un largo campo al prudente apprezzamento dell'autorità giudicante sul merito, la quale dovrà tener conto delle circostanze particolari di ciascun caso, e specialmente della condizione dei contraenti. Del resto più difficilmente potrà ammetter siccome accertata la buona fede, qualora si fondi sull'errore di diritto; poichè, quantunque la presunzione che ognuno conosca le leggi regolarmente pubblicate non sia fra quelle talmente assolute da non ammettere in nessun caso la prova in contrario, è pur sempre una presunzione di legge, che bisogna efficacemente combattere, e che avendo per motivo l'interesse generale della società non può di leggieri reputarsi vinta.

79. Altri casi, nei quali può essere disputabile l'allegabilità dell'errore di diritto, sono quelli in cui esso venga addotto per farne risultare la *buona fede* da parte del possessore d'una cosa produttiva di frutti, o da parte di un erede apparente, allo scopo di far propri i frutti della cosa predetta o della eredità, e di non esser tenuto a restituire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda giudiziale, siccome dispongono gli articoli 703 e 933 § 3° del Codice civile.

---

(1) V. Duvergier sur Toullier, t. I, n. 658; Zachariæ, t. II, § 460, nª 6; Marcadé, art. 202, § II, t. I, n. 693, 695; Demolombe, t. III, n. 357; Aubry e Rau, t. V, § 460, nª 7; Laurent, t. II, n. 504.

Taluno avrà acquistato beni appartenenti ad un minore, ad un interdetto, ad un assente, ad una donna maritata, senza l'adempimento delle formalità prescritte dalla legge, ignorando ch'esse fossero necessarie per la validità del suo titolo di acquisto.

Un altro avrà comprato beni da un mandatario generale del proprietario, non conoscendo la disposizione dell'art. 1741 Cod. civ., secondo cui il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di semplice amministrazione, e per quelli di alienazione è necessario che il mandato sia espresso.

Un sindaco si sarà reso aggiudicatario d'un bene del Comune ch'egli amministra, non sapendo che per l'articolo 1457, § 5° del Codice civile gli fosse indispensabile una espressa autorizzazione a concorrere agl'incanti, data per circostanze particolari nell'atto stesso che permetteva la vendita.

In questi ed altri casi simili, il possessore, il cui titolo d'acquisto viene annullato, e che è quindi costretto a restituire la cosa comprata, può almeno addurre la propria buona fede, derivante dall'errore di diritto, al fine di non esser tenuto a restituire altri frutti fuorchè quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda giudiziale?

Non mancano autorità cospicue a sostegno della opinione negativa, che ha pure in suo favore qualche decisione nella giurisprudenza francese e nella nostra (1). Gli autori, che propugnano questo assunto, fanno fondamento sulla massima: *juris error nulli prodest*, citando in appoggio la L. 2, § 15, D. *pro emtore*, la quale in materia di usucapione escludeva che l'error di diritto potesse essere giustificativo della buona fede: " Si a pupillo emero " sine tutoris auctoritate, *quem puberem esse putem*, dicimus " usucapionem sequi; ut hic plus sit in re quam in

(1) V. Decisione della Corte di appello di Roma, 12 novembre 1871 (*Legge*, XI, 1, 1004).

" existimatione: quod *si scias pupillum esse, putes tamen* " *pupillis licere*, res suas sine tutoris auctoritate admini- " strare, non capies usu; quia juris error nulli prodest ". Se non che questi medesimi autori si trovavano poi costretti a limitare la loro regola, dicendola applicabile solo " quando la nullità non si nascondesse in certe irrego- " larità microscopiche, facili ad essere ignorate, ma dipen- " desse da una violazione di legge, tale da risaltare agli " occhi dei meno attenti " (1). Così dunque, a loro stesso avviso, la massima che il possessore per far propri i frutti del bene posseduto non possa allegare la buona fede dipendente da un errore di diritto, non dovrebbe valere pei casi in cui la disposizione di legge ignorata fosse ambigua e controversa, ma unicamente per quelli in cui la violazione di legge fosse tanto evidente da non ammettere dubbio. E questa limitazione indebolisce grandemente la tesi, perchè se veramente fosse da applicarsi a questo caso il principio che l'errore di diritto non scusi, non sarebbe ammissibile distinzione alcuna, essendo uguale per tutte le leggi la presunzione che siano generalmente note dopo la loro pubblicazione e la decorrenza del termine prefisso. Ma il vero è, come già dimostrammo (2), che il principio *ignorantia juris neminem excusat* è da applicarsi unicamente quando per la ignoranza d'una legge taluno intenda sottrarsi all'applicazione diretta di essa; non quando adduca invece una tale ignoranza al solo scopo di sciogliersi dagli effetti di una convenzione, di un atto o di un fatto, del quale l'errore di diritto sia stato la causa unica o principale, o di approfittare dei benefizi che la legge accordi alla buona fede; nel quale ultimo caso si trova appunto il possessore, che per una ignoranza di diritto non avendo conosciuti i vizi dei quali

---

(1) V. Hennequin, *Tr. de législ. et de jurispr.*, t. I, pag. 228; De Fréminville, *Tr. de la minorité*, t. II, n. 663; Taulier, t. II, n. 262; Chavot, *De la propriété mobilière*, t. II, n. 462, 465.

(2) V. sopra, n. 64, p. 265 e seg.

era infetto il suo titolo d'acquisto, invoca il favore della legge, che per motivi di equità e d'interesse anche pubblico esime i possessori di buona fede dall'obbligo di restituire i frutti che siano loro pervenuti prima della domanda giudiziale. Quanto all'argomento che si vorrebbe trarre dalla legge romana, è troppo chiaro ch'esso non potrebbe aver qui alcun valore. Quella legge parlava dell'*usucapione*, e nel numero seguente dovremo occuparci di esaminare se la massima ivi enunciata sia da seguirsi anche attualmente. Ma frattanto, è troppo manifesto, ad ogni modo, che quanto si possa affermare dalla prescrizione acquisitiva non è trasferibile così agevolmente al semplice acquisto dei frutti; altro essendo che l'allegazione dell'error di diritto non si ammettesse per acquistare mediante il possesso continuato pel tempo e colle condizioni volute dalla legge la proprietà di una cosa, ed altro che si escluda l'allegabilità di quell'errore anche pel solo scopo di non esser tenuto a restituire tutti i frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale sulla cosa che taluno è costretto a dismettere.

La dottrina più recente è ormai concorde nel ritenere che l'essere di diritto, anzichè di fatto, l'errore, in conseguenza del quale il possessore di un bene abbia ignorati i vizi del proprio titolo di acquisto, non formi ostacolo a potersi da lui invocare la sua buona fede, per esimersi dall'obbligo di restituire al vero proprietario i frutti prodotti nel frattempo da quel bene, e percepiti dal possessore medesimo (1). E pare a noi che anche secondo il Codice nostro questa teoria debba essere accolta senza esitanza. La legge accorda il beneficio di far propri i frutti, e di non esser tenuto a restituire se non quelli percetti dopo la domanda giudiziale, al *possessore di buona*

(1) V. Zachariæ, t. I, § 201, n^a 5; Marcadé, art. 550, § II, 1°, t. II, n. 419 Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. II, n. 385*bis*; Demolombe, t. IX, n. 609; Aubry e Rau, t. II, § 206, n^a 12; Laurent, t. VI, n. 218.

fede (art. 703 Cod. civ.); nè distingue se tale sia per essersi ingannato sovra un punto di fatto, o sovra un punto di diritto. L'articolo 701 dichiara *possessore di buona fede* colui che possiede come proprietario, in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, *del qual titolo ignorava* (alla data di esso) *i vizi;* nè accenna menomamente alla distinzione tra i casi in cui la ignoranza di quei vizi dipenda da errore *di fatto* o da errore *di diritto.* Come potrebbesi, senza un arbitrio non consentito all'interprete, introdurre nella legge una distinzione ch'essa non ammette, e limitarne la generalità? Ciò quanto alle espressioni letterali del testo. Se ricorriamo ai motivi della legge, non vi troviamo certo elementi per una decisione diversa. L'attribuzione dei frutti è un favore, di cui il legislatore reputò meritevole il possessore di buona fede per considerazioni di equità nei rapporti tra lui ed il vero proprietario, per ragioni eziandio d'ordine delle famiglie e d'interesse quindi anche generale. Il vero proprietario ha da rimproverarsi il più delle volte la propria negligenza, per la quale ritardando a proporre la domanda giudiziale ha lasciati ammassare i frutti, che vorrebbe ripetere tutti ad un tratto dal possessore; e di questa sua negligenza verrebbe egli in qualche modo ad approfittare coll'essersi formato un capitale, che probabilmente non avrebbe così accumulato se avesse percepiti man mano i frutti, i quali sarebbero stati spesi, secondo la loro destinazione naturale, pei bisogni della vita, che si soddisfanno in proporzione delle rendite; mentre queste stesse considerazioni attenuano la importanza della perdita che gli s'infligge col privarlo del diritto di chiedere la restituzione dei frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale. Al contrario, non ha nulla a rimproverarsi il possessore; che reputandosi proprietario, ha percepiti i frutti, e li ha impiegati pei bisogni propri e della sua famiglia, proporzionando le spese alle rendite che credeva appartenergli legittimamente; e se venisse costretto a restituire un cumulo di frutti

arretrati, ciò non potrebb'essere che a scapito della sostanza capitale, e spesso con una completa rovina, portando agitazioni nelle famiglie, disordine nei patrimoni, e creando con ciò cause di perturbamenti e danni nello Stato, ch'era quindi d'interesse anche generale l'evitare. Or questi motivi non sono forse identici, qualunque sia stata la causa della buona fede in cui siasi trovato il possessore, sia essa dipenduta da errore di fatto o da errore di diritto? Forsechè per non aver conosciuti i vizi d'un titolo di acquisto in causa dell'ignoranza d'una disposizione di legge, il possessore, che si credeva proprietario, non avrà spese le rendite, e si troverà meno imbarazzato, meno esposto a rovina, quando gli sia chiesta la restituzione di tutti gli arretrati dei frutti percetti prima che fosse tratto in giudizio? Forsechè sarà meno imputabile al vero proprietario la negligenza sua nel tardare a proporre la domanda, od egli si avvantaggerà meno del cumulo di frutti dei quali chieda la restituzione?

Sì per la lettera che per lo spirito della legge, sembra dunque indubitabile che come *possessore di buona fede*, nel senso e per gli effetti dell'art. 703 del Codice civile, debba essere considerato anche colui che per un errore, non semplicemente di fatto, ma di diritto, abbia ignorati i vizi che rendevano annullabile il titolo del suo acquisto.

Ben s'intende, del resto, come sia indispensabile che dell'errore sia somministrata concludente e piena prova da colui che vuol prevalersene; com'è certo altresì che più difficilmente potrà ritenersi pienamente provato l'errore addotto, quand'esso versi intorno a disposizioni di legge formali e chiare.

In questo senso, limitato unicamente ai mezzi di prova, apprezzabili incensurabilmente con criteri di fatto dai giudici del merito, può trovare accoglienza la distinzione, che vedemmo essersi fatta da alcuni autori, tra i casi in cui i vizi del titolo d'acquisto, ignorati dal possessore, consistano in irregolarità facili a passare inosservate, o

consistano invece in violazioni manifeste di esplicite e chiare disposizioni della legge; ritenuto però che anche in quest'ultimo ordine di casi, se l'errore di diritto riuscisse con certezza e piena concludenza provato, il possessore che vi fosse incorso potrebbe sempre allegare la propria buona fede, per esimersi, giusta il disposto dell'art. 703, dalla restituzione dei frutti che gli fossero pervenuti prima della domanda giudiziale.

Ciò che abbiam detto dei *possessori di buona fede*, in generale, è da ripetersi per identità di ragioni anche per l'*erede apparente*, che invochi la propria *buona fede* per non esser tenuto alla restituzione dei frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale, in virtù del beneficio accordatogli dall'art. 933, paragrafo ultimo del Codice civile. Il nostro legislatore infatti, nella disposizione ora citata, ha richiamata in identiche parole, applicandola a favore dell'erede apparente di buona fede, la massima generale che aveva stabilita nell'art. 703, seguendo in ciò l'insegnamento delle leggi romane (L. 20, § 6, 25, § 5, ff. *De haeredit. petit.*), adottato pure dalla dottrina francese, sebbene quel Codice non contenesse in proposito alcuna espressa dichiarazione (1).

Erede apparente dicesi colui che possiede come successore a titolo universale una eredità, alla quale non ha diritto; ed è *in buona fede* se il titolo successorio pel quale possiede è da lui creduto legittimo. Col dichiararlo non tenuto alla restituzione dei frutti percetti sui beni ereditari, se non dal giorno della domanda in petizione d'eredità, la legge lo ha protetto contro i pericoli della rovina a cui potrebbe trascinarlo il tardo esercizio di quest'azione da parte del vero erede; sono gli stessi motivi della protezione accordata generalmente al possessore di buona fede, che hanno trovata anche qui la loro applicazione. Or, che importa l'esser di fatto o di diritto l'er-

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, 3°; Laurent, t. IX, n. 523.

rore, in forza del quale il possessore dell'eredità abbia creduto legittimo in favor suo quel titolo successorio, che in realtà non lo era? Che un erede testamentario si sia posto in possesso dell'eredità ignorando che il testamento fosse stato revocato, o piuttosto non conoscendo la disposizione di legge che lo rendeva incapace a ricevere, o che per un vizio di forma pronunciava la nullità dell'atto; che un successibile *ab intestato* si sia impossessato dei beni non sapendo che esistesse un più prossimo parente del defunto, o piuttosto credendo per error di diritto che quel più prossimo parente mancasse di capacità a succedere; non vi è meno negli uni che negli altri casi la buona fede dell'erede apparente, non variano le ragioni, che la legge ebbe di proteggere questa buona fede, liberando il possessore dal pericolo d'essere esposto a rovina, come accadrebbe se venisse costretto dopo una lunga serie d'anni, alla restituzione di tutto il cumulo dei frutti percetti. Ed anche i termini generici della legge, la quale parla di *eredi apparenti di buona fede*, si prestano certamente a comprendervi chiunque abbia creduto appartenergli i beni della successione di cui si è posto in possesso, sia poi che lo abbia creduto in conseguenza d'un errore di fatto, o di un errore di diritto.

All'*erede apparente* è parificato dall'art. 45 del Codice civile colui, al quale in virtù del precedente art. 43 siasi devoluta una successione, a cui sarebbe stata chiamata in tutto od in parte una persona assente. Chi ha così raccolta la successione rimane bensì esposto alle azioni in petizione d'eredità, od altre che spettino all'assente medesimo od ai suoi rappresentanti od aventi causa (articolo 44 Cod. civ.); ma finchè quelle azioni non vengano promosse, od all'assente stesso, che si presenti, o da altri in nome di lui, il possessore della eredità *non è obbligato a restituire i frutti, che abbia percepiti in buona fede* (detto art. 45 Cod. civ.). — Come si scorge facilmente, questa disposizione non è che l'applicazione esatta della massima

generale stabilita nell'art. 703, e di quella conseguente dell'altro art. 933, paragrafo ultimo, al caso particolare di chi raccoglie una eredità in luogo d'un assente, che vi sarebbe a preferenza chiamato. Anche in questo caso, dal giorno della domanda giudiziale, dal giorno in cui l'assente ritornato, o chi legittimamente lo rappresenta, esercita in giudizio le azioni di petizione d'eredità, od altre che a lui competono, non è più ammissibile il possessore ad allegare la buona fede; ed anche prima che la domanda sia intentata, se il possessore è *in mala fede*, se, cioè, sa che l'assente esiste, o che almeno egli viveva ancora nel giorno in cui si aprì la successione alla quale era chiamato, non può far propri i frutti dei beni della eredità, ed è tenuto a restituirli insieme a questi a chi li rivendica. Ma fintantochè sussiste la buona fede del possessore, nè sono contro lui promosse le azioni dall'assente ricomparso, o in nome di lui dai suoi rappresentanti od aventi-causa, il possessore medesimo è protetto per la buona fede sua dalla legge, che gli attribuisce i frutti percetti, nè permette che possa essere costretto a restituirli. Nè vi è difficoltà a comprendere la ragione per cui all'erede apparente è così parificata la persona, che in mancanza dell'assente ha raccolta la successione, alla quale egli era di preferenza chiamato, quando poi l'assente medesimo si presenta, o le azioni a lui competenti vengono promosse in suo nome; giacchè quella persona possiede allora in qualità di successore a titolo universale una eredità che veramente appartiene ad altri, cioè all'assente, od ai suoi eredi od aventi-causa; e in questo senso è appunto anch'essa *erede apparente*.

Per le stesse ragioni che dimostrammo superiormente, anche per l'applicazione del citato art. 45 del Cod. civ. la buona fede del possessore dei beni dell'eredità devoluta all'assente potrà dunque fondarsi sull'errore di diritto, non meno che sull'errore di fatto; e se colui, che ha raccolta la successione in luogo dell'assente, si sia creduto

veramente legittimo ed incommutabile proprietario dei beni della eredità, tanto varrà che lo abbia creduto per avere ignorata in fatto l'esistenza dell'assente al tempo dell'aprimento della successione, come per avere reputato erroneamente che l'assente o gli eredi od aventi causa di lui non potessero rivendicare quella eredità, in causa dell'ignoranza in cui il possessore medesimo si trovasse di una disposizione della legge.

80. Se l'errore di diritto possa essere allegato come giustificante la *buona fede* in materia di prescrizione acquisitiva decennale (art. 2137 Cod. civ.), è una delle questioni forse più gravi e controverse che si presentino in questo argomento. Ne abbiamo dato incidentemente qualche cenno in uno dei numeri precedenti (1), e ne riservammo la trattazione a questo luogo, in cui cade più opportuna.

La maggior parte degli autori, che scrissero sul Codice francese, professarono la massima, che l'error di diritto non possa mai essere addotto come fondamento della buona fede per gli effetti della prescrizione acquisitiva: non perchè, dicono, il possessore debba essere riguardato di mala fede per ciò solo che abbia errato intorno al diritto, chè anzi — secondo la regola insegnata da Ulpiano nella Legge 25, § 6, ff. *De haereditatis petitione* — non è da reputarsi predone colui che abbia agito, non per dolo, ma per ignoranza della legge. " Non puto hunc " esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret „: ma perchè generalmente la ignoranza di diritto " *non* " *prodest adquirere volentibus* „ (L. 7, ff. *De juris et facti ignorantia*) e per conseguenza " nunquam in usucapionibus " juris error possessori prodest „ (L. 31, ff. *De usurpationibus et usucapionibus*, L. 2, § 15, ff. *Pro emtore*) (2).

---

(1) V. sopra, n. 66, pag. 290.

(2) V. Delvincourt, t. II, pag. 212, n° 5; Vazeille, *Tr. des prescript.*, cap. X, n. 471; Duranton, t. XXI, n. 388; Troplong, *De la prescript.*, art. 2269, n. 926.

Un altro scrittore professa bensì la massima, generalmente ammessa, che per la prescrizione acquisitiva decennale sia indispensabile nel possessore che la invoca una " buona fede intiera e completa, fondata sulle basi " più rispettabili, talchè l'acquirente sia immune da qua- " lunque altro rimprovero, eccettuato quello di non avere " scoperta la mancanza di diritto nel suo alienante „; ed anzi tanto estende il rigore di tale massima, da ritenere insufficiente che *l'acquirente abbia creduto l'alienante proprietario dell'immobile*, e da esigere il concorso d'altre due condizioni, cioè che *l'abbia inoltre reputato capace di alienare*, e che abbia *ritenuto esente da vizi di qualsiasi specie il titolo di trasmissione;* ma dopo tutto ciò, non esclude esplicitamente che la *buona fede piena ed intiera del possessore* possa essere giustificata anche da un *errore di diritto* (1).

La dottrina più recente ha preso risolutamente l'indirizzo più favorevole al possessore, ritenendo che " se egli " si sia ingannato sul valore dei titoli prodotti dal suo " autore, possa invocare il proprio errore come giustificativo " della buona fede, *ancorchè si tratti d'un errore di di-* " *ritto* „ (2). Il Laurent dice a questo proposito: " Gli " autori moderni, quasi tutti, stabiliscono come principio " che il possessore non possa invocare l'error di diritto " per giustificare la sua buona fede. Essi si fondano sulle " leggi romane, male interpretate, a quanto pare. I signori " Aubry e Rau dicono che i testi invocati si riferiscono " alla teoria del *titolo putativo*, non ammessa dagli autori " del Codice. Ma ciò poco importa, a nostro avviso. Il " diritto nostro non è il romano. Il Codice adotta come " principio generale l'assimilazione dell'error di diritto " a quello di fatto. Vi sono delle eccezioni a conferma

---

(1) V. Marcadé, *De la prescript.*, art. 2269, § IV.

(2) V. Zachariæ, t. I, § 217, nª 14; Aubry e Rau, t. II, § 218, nª 29; Laurent, t. XXXII, n. 413.

" della regola; esse provano la necessità d'una disposi-
" zione espressa della legge affinchè sia escluso di po-
" tersi prevalere dell'error di diritto. Il silenzio del Codice
" decide dunque la questione per ciò che riguarda l'error
" di diritto in materia di prescrizione ".

La risoluzione d'una tanto importante controversia, in senso contrario a quello adottato dal maggior numero degli autori, sarebbe così ridotta alla massima semplicità di termini; ma pare a noi che lasci non poco a desiderare dal lato della dimostrazione; e chiediamo venia se la complessità della questione ci obbligherà, per provare il fondamento dell'opinione riferita da ultimo, a diffonderci sui principii concernenti la buona fede considerata come elemento della prescrizione acquisitiva, risalendo alle teorie notissime del diritto romano, alle quali l'opinione contraria si appoggia.

81. Per quanto riguardava l'acquisto dei frutti a favore del possessore d'una cosa appartenente ad altri, era veramente dalla buona fede del possessore medesimo, che tale acquisto si faceva dipendere; sebbene si avvertisse inoltre la necessità ch'egli avesse acquistata quella cosa per *giusta causa*, cioè per un titolo abile a trasferire il dominio, da chi reputava che ne fosse il vero padrone, od almeno che avesse il potere di trasmettergliene il dominio; perchè senza di ciò la buona fede stessa, val dire la credenza di aver acquistata e possedere legittimamente come propria la cosa, non sarebbe stata possibile.

" Si quis a non domino, quem dominum esse credi-
" derat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave
" qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali
" ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cul-
" tura et cura " (*Inst.*, lib. II, tit. I, § 35).

Ed un celebre giureconsulto avvertiva:

" Exigitur, ut ex justa causa rem accipiat, *quia aliter*
" *non potest existimare rem in se transferri*..... Exigitur, ut

“ rem acceperit, eadem de causa, quia nec transfertur
“ sine traditione dominium, quaecumque conventio prae-
“ cesserit..... Exigitur, ut eum, a quo accepit, putet jus
“ transferendi habere, *in quo potissimum bona fides ver-*
“ *satur* „ (1).

Così dunque, rispetto all'attribuzione dei frutti percetti, la giusta causa d'acquisto, il titolo, era richiesto come elemento necessario a costituire la buona fede, la quale formava il vero e proprio fondamento di tale beneficio conceduto per equità al possessore. Era la buona fede munita di giusto titolo e ad esso appoggiata, che si reputava meritevole della protezione della legge, per considerazioni anche di utilità pubblica, di sicurezza generale; talchè il possessore veniva, per questa parte dell'acquisto dei frutti, paragonato quasi al vero padrone. Ma tanto ritenevasi prevalente in questa specialità la buona fede del possessore, e tanto si riguardava il giusto titolo come semplice elemento e mezzo di prova della buona fede stessa, che secondo l'opinione più comunemente ricevuta in pratica si attribuivano i frutti anche a quel possessore, che in realtà fosse destituito d'un giusto e legittimo titolo, qualora avesse avuta una ragionevole credenza che tale titolo esistesse.

“ Communior, et magis recepta in foro opinio est, quae
“ possessori bonae fidei omnes indistincte fructus addicit...
“ *si modo possessor probabilem causam habuit nesciendi alie-*
“ *num, veluti haeres, quamvis nullo jure, nec titulo fundum*
“ *retinuerit* (2) „.

Per ciò che concerneva l'usucapione, la buona fede e il giusto titolo erano invece due requisiti distinti, sebbene il loro concorso fosse indispensabile acciocchè l'usucapione potesse aver luogo. Nella persona dell'usucapiente si ri-

(1) V. Hugonis Donelli, *Commentaria de jure civili*, lib. IV, cap. XXIV, § VII.

(2) V. Richeri, *Univ. civ. et crim. jurisprud.*, t. III, §§ 669, 676.

chiedevano infatti tre condizioni: la buona fede, il giusto titolo, ed il possesso pel tempo stabilito dalla legge; le prime due necessarie per iniziare e giustificare l'usucapione, la terza per darle compimento.

Per *buona fede* intendevasi la piena e giusta opinione del possessore di una cosa, d'averla acquistata dal vero padrone, o da chi almeno avesse il potere di trasmettergliela, e d'esserne quindi divenuto legittimo proprietario.

" Bona fides — diceva il Voet — est illaesa conscientia " putantis rem suam esse, dum credit, eum, a quo nactus " est possessionem, fuisse dominum illius rei, et alienandi " jure haud destitutum „ (1); il che corrispondeva alla definizione data nella L. 109, ff. *De verborum significatione*.

" *Bonae fidei emtor* esse videtur, qui ignoravit eam rem " alienam esse: aut putavit eum, qui vendidit, jus ven- " dendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse „.

Giusto titolo dicevasi quello che fosse giuridicamente idoneo a trasferire il dominio — come donazione, vendita, ecc. — sicchè questo dominio sarebbe realmente stato acquistato dal possessore, qualora la tradizione della cosa gli fosse stata fatta dal vero padrone, avente la libera facoltà di alienare.

" Justus titulus, *sine quo non procedit usucapio*, est causa " habilis ad dominium transferendum, ut emtio, donatio, " aliaque in sequentibus titulis excutienda; sic ut, ex quibus " causis tradente vero domino transiret dominium, ex " iisdem, tradente non domino, procedat usucapio „ (2).

Il giusto titolo era pertanto un requisito indispensabile dell'usucapione, affatto distinto dall'altro della buona fede,

" Caute ergo — diceva un altro insigne giureconsulto " — alterum ab altero secerni debet, *nec bona fides cum* " *justo titulo permisceri* „ (3). E da questo principio seguiva

---

(1) V. J. Voet, *Comm. ad Pand.*, lib. XLI, tit. III, n. 6.
(2) V. J. Voet, l. c., n. 4.
(3) V. Richeri, *Universa civ. et crim. jurisprudentia*, t. IV, § 96.

che non potesse bastare per l'usucapione, la credenza, comunque giustificata, del possessore, di avere un giusto titolo, qualora questo realmente mancasse. Diceva il Voet nel luogo ora citato:

" Titulum oportet esse verum; cum falsa causa non " pariat usucapionem, neque pro legato, neque pro dote " usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum " legatum sit „. E il Donello: " Quid, si is, qui nulla " ex causa possidet, *bona fide* putet, causam subesse, et " ita rem pro sua possideat: puta emisse procuratorem " suum, et is non emerit: ipse emerit, et putet emptionem " valere quae nulla est? Placet, *ne sic quidem eum usuca-* " *pere posse*, qui ex justa causa non possidet, *nec errorem* " *possidenti ad eam rem prodesse*. Deque eo ita veteres de- " finierunt, *errorem falsae causae non parere usucapionem* „ (§ *Error*. Inst. *De usuc*) (1).

E il Richeri: " Non prodest ad usucapiendum titulus, " qui non sit, licet adesse existimetur; neque, puta, *pro* " *emptore* usucapit, qui se emisse arbitratur rem, quam " tamen non emit; *titulum enim omnino requirunt leges,* " *non solam opinionem tituli; quippequod bonam tantummodo* " *fidem praebere potest, non vero titulum, ubi non est* „ (2).

Tutto ciò era la riproduzione esatta di quanto stava scritto nel testo della L. 27, ff. *De usurp. et usucap.*:

" Celsus errare eos ait, qui existimarent, cujus rei quisque " bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere " eum posse; nihil referre, emerit, necne, donatum sit, " necne, si modo emtum, vel donatum sibi existimaverit: " *quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usu-* " *capio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit* „.

Se non che, stabilito il principio, i giureconsulti vi facevano poi qualche limitazione; soggiungendo, che quantunque l'opinione erronea del possessore di avere un giusto

---

(1) V. Donelli, *Comm. De jure civ.*, lib. V, cap. XV, § III.
(2) V. Richeri, *Univ. civ. et crim. jurisprud.*, t. IV, n. 101.

titolo, una giusta causa del suo possesso, non potesse supplire alla mancanza assoluta del titolo medesimo, però se questo esistendo fosse infetto di qualche vizio, che ne producesse la nullità, l'opinione del possessore, che in buona fede lo reputasse valido, potesse giovargli in certi casi per l'usucapione. E qui distinguevano l'error di diritto, da quello di fatto, escludendo assolutamente che il primo potesse mai giovare al possessore, ma ammettendo invece il secondo, purchè fosse *giusto;* tale, cioè, da non essersi potuto evitare colla ordinaria prudenza d'uomo diligente nei propri affari (1). Da ciò nasceva la teoria del titolo *putativo*, riassunta colla massima precisione e lucidità dal Richeri (2):

" Hinc colligi potest, quid sentiendum sit de *titulo ap-*
" *parente, seu putativo*, qui per errorem adesse existima-
" tur: videlicet distingui debet error facti ab errore juris.
" *Error facti, qui respiciat ipsam tituli veritatem seu existen-*
" *tiam*, ut post philosophos loquar, *nihil prodest* ad *usuca-*
" *piendum*. Quod si error facti versetur *in ipsius tituli vi,*
" *ut ex eo dominium acquiratur*, ex omnium consensu, *usu-*
" *capionem non impedit sed facit.*

" Hinc traditum est, usucapere eum, qui emit a pupillo
" sine tutoris auctoritate, quem puberem judicabat; vel a
" furioso qui sanae mentis videbatur; ita suadente aequi-
" tate, quae facti alieni ignorantiam facile excusat.

" Error ergo facti plerumque ad usucapionem prodest,
" ut ex hactenus dictis constat; sed *non aeque prodest*
" *error juris*. Hinc, qui a pupillo emit, quem in pupillari
" aetate constitutum sciebat, putans autem pupillos non
" prohiberi, quominus res suas vendant, nullatenus usu-
" capere potest (L. 2, § 15, ff. *Pro emtore*); non enim
" eodem favore dignus est error juris, ac facti; cum jus,

---

(1) V. J. Voet, *ad Pand.*, lib. XLI, tit. III, n. 5; Donelli, *Comm. de jure civili*, lib. V, cap. XV, § XIV; Richeri, *Univ. civ. et crim. jurispr.*, t. IV, § 102.
(2) V. Op. cit., §§ 104, 105.

“ utpote finitum, ut ait Neratius, sciri et cognosci possit;
“ non autem facta, quae nullos habent fines, adeoque pru-
“ dentissimum quemque interdum fallunt „.

Ecco dunque le teorie che si professavano intorno al *giusto titolo*, considerato come uno dei requisiti indispensabili nella persona del possessore, per dar luogo in favore di lui all'usucapione, ed intorno all'errore, pel quale il possessore medesimo credesse in buona fede esistente ed efficace un titolo, che veramente mancasse o fosse nullo.

Ma tutto ciò, com'è evidente, non si confondeva, nè poteva confondersi coll'altro requisito parimente indispensabile per la usucapione, ma perfettamente distinto dal primo, cioè la *buona fede*, consistente non già nella opinione della esistenza e validità d'un giusto titolo d'acquisto, pel quale il possessore avesse ricevuta dal proprio autore la trasmissione del dominio della cosa, bensì nella opinione che l'autore stesso avesse avuto il diritto di operare una tale traslazione di dominio. E rispetto alla *buona fede*, intesa in questo suo senso specifico, non era nè poteva esser dubbio, che qualora essa dipendesse da *ignoranza di fatto invincibile*, tale cioè da non poter essere evitata colla ordinaria diligenza (L. 9, § 2, ff. *De juris et facti ignorantia*), poteva sempre essere addotta; poichè l'errore di fatto dipendente da una giusta causa, trae seco necessariamente appunto la *buona fede*, e rende meritevole della protezione della legge chi ha operato in conseguenza di quell'errore, nel quale ogni uomo di comune prudenza sarebbe caduto.

All'opposto l'ignoranza di diritto non si ammetteva mai come giusta causa di buona fede e fondamento della usucapione, perchè non si riguardava come scusabile; nè si reputava giusto proteggere a detrimento altrui chi era incorso in quest'errore, che sarebbe stato evitabile, per la possibilità, che si aveva di conoscer la legge (1). Era

(1) V. Richeri, op. cit., t. IV, n. 86, 88.

in questo senso la sentenza di Pomponio nella Legge 4, ff. *De juris et facti ignorantia.* “ Juris ignorantiam in usuca- “ pione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse “ constat „.

Da questa lunga esposizione potrà forse esser chiarito quanto sia stata azzardata l'asserzione d'un illustre autore moderno, allorchè, trattando la questione se un *titolo putativo* sia sufficiente per dar fondamento alla prescrizione decennale, scrisse le seguenti parole:

“ Nell'antica giurisprudenza, *conformemente al diritto* “ *romano, si confondeva il giusto titolo colla buona fede*, nel “ senso che il titolo era semplicemente un mezzo per “ provare la buona fede del possessore. Con questa dot- “ trina, si comprende come il titolo putativo sia consi- “ derato sufficiente, perchè dimostra la buona fede del “ possessore; ma il Codice esige il giusto titolo come una “ condizione distinta; e fosse pure il possessore nella più “ perfetta buona fede, egli però non potrebbe prescrivere “ qualora non avesse un giusto titolo. Ora chi ha un “ titolo solamente putativo, è bensì in buona fede, ma “ certamente manca di titolo; il che è decisivo „ (1).

In verità, la confusione che qui si lamenta non era nelle leggi romane, nè nelle dottrine dei giureconsulti che le commentarono; e ciò che abbiam riferito superiormente crediamo che basti a dimostrarlo con piena evidenza. Ci sembra piuttosto che la distinzione fra giusto titolo e buona fede sia stata meno perfettamente osservata da parecchi degli scrittori francesi; qualcuno dei quali, insegnando la massima che *l'error di diritto non possa mai equivalere alla buona fede per gli effetti della prescrizione*, ne dava poi per esempio il caso di chi avesse acquistato un bene da un minorenne credendo per grossolano errore che questi potesse contrattare liberamente (2); altri ha

---

(1) V. Laurent, t. XXXII, n. 399, pag. 424.
(2) V. Troplong, *De la prescription*, n. 926.

detto che " se il compratore conosceva lo stato di mi-
" norità del suo venditore, non potrà invocare la prescri-
" zione decennale; *non però veramente per difetto di titolo*
" *ma perchè in tal caso avrà acquistato in mala fede* " (1); e lo stesso signor Laurent nel luogo sopra citato ci dice, che *chi ha un titolo putativo è bensì in buona fede, ma gli manca veramente il titolo.* Ora, tutto ciò è assolutamente inesatto. La *buona fede*, intesa nel senso giuridico specifico concernente la prescrizione acquisitiva decennale, *non si riferisce al titolo d'acquisto proprio del possessore*, che invoca una tale prescrizione, ma ai titoli dell'autore di lui, al diritto che questi avesse di trasmettere la proprietà della cosa all'acquirente medesimo. Certo, che in un largo senso, anche il possessore, il quale ignori le cause d'inesistenza giuridica o di annullabilità del proprio titolo d'acquisto, potrà dirsi che sia rispetto a ciò *in buona fede*, inquantochè incolpevolmente si reputa legittimo acquirente. Ma non sono i principii di diritto concernenti la *buona fede* riguardata come elemento della prescrizione acquisitiva decennale, che debbano in tal caso avere applicazione; perchè la buona fede in questo senso consiste nell'avere il possessore reputato che l'alienante abbia avuto il diritto di trasmettergli la proprietà della cosa, non già nell'avere creduto all'esistenza giuridica e validità del titolo mediante il quale gliela trasmetteva. A meglio persuadersi di ciò, gioverà il riflettere che dovendo la prescrizione acquisitiva operare gli effetti suoi in favore del possessore, non già contro la persona dalla quale egli acquistò il bene posseduto, ma contro il terzo, vero proprietario del bene medesimo, la buona fede, come uno degli elementi che è indispensabile potere opporre a questo terzo, per far valere contro di lui la prescrizione decennale, deve naturalmente essere relativa al terzo medesimo, consistere cioè nella credenza che egli non fosse il proprietario della

(1) V. MARCADÉ, *De la prescription*, art. 2269, § III, pag. 199.

cosa acquistata dal possessore, ma l'alienante, il quale potesse disporne.

Certamente, bisogna eziandio poter opporre al terzo, contro cui si allega la prescrizione, il giusto titolo, in virtù di cui siasi acquistato l'immobile; e qualora un tale titolo esista, ma contenga qualche vizio, che ne produca la nullità, sarà disputabile se la credenza avuta dal possessore, che quel titolo fosse valido, basti a farlo equivalere, rimpetto al vero proprietario, ad un titolo giusto. Ciò però riguarderà sempre — come par chiaro — il requisito del titolo su cui si fonda il possesso, non l'altro della buona fede. Gli scrittori di diritto romano trattavano infatti i casi di errore di fatto o di diritto intorno al titolo d'acquisto proprio del possessore, sotto l'aspetto di questioni riguardanti il requisito del *giusto titolo*, non già come concernenti l'altro requisito della *buona fede*. E noi crediamo che dal mantener ferma anche in questa parte la predetta distinzione possa dipendere una più facile e chiara risoluzione nell'argomento di cui ci occupiamo, relativo all'error di diritto, che si alleghi in materia di prescrizione acquisitiva decennale.

82. Nei Codici moderni, come per le leggi romane, le condizioni del giusto titolo e della buona fede non sono richieste precisamente nello stesso modo per l'acquisto dei frutti in favore del possessore della cosa a fronte del vero proprietario, e per la prescrizione acquisitiva della cosa stessa. Tra l'uno e l'altro caso sembra che vi siano differenze apparenti dal testo medesimo delle leggi positive, e d'altro lato perfettamente giustificabili secondo i principii.

Limitandoci al Codice nostro, le condizioni, che si richiedono acciocchè il possessore d'una cosa ne faccia propri i frutti, sono determinate negli art. 701 e 703; il secondo dei quali stabilisce che fa suoi i frutti d'una cosa *chi la possiede in buona fede*, e l'articolo precedente dichiara

essere *possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza d'un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i vizi.* La *buona fede*, pertanto, si fa consistere nell'*ignoranza dei vizi* di cui sia infetto il titolo, abile per se stesso a trasferire il dominio, in virtù del quale si possiede come proprietario. Senza dubbio, bisogna aver posseduto coll'animo di tener la cosa come propria, e per un titolo abile a trasferire il dominio, perchè senza di ciò non sarebbe neppur concepibile quella buona fede, che è causa legittima dell'acquisto dei frutti; ma il vero e solo fondamento di questa attribuzione, che fa di essi la legge a favore del possessore, contro il vero proprietario, è appunto *la buona fede* del possessore medesimo, cioè la credenza in cui egli sia che la cosa posseduta gli appartenga legittimamente. Pertanto il *giusto titolo*, in materia di percezione dei frutti, non sembra veramente richiesto come una condizione distinta dalla buona fede, ma apparisce considerato semplicemente come un elemento od un mezzo di prova della buona fede stessa. Il che è tanto vero, che infatti il testo dichiara possessore di buona fede, non già *chi abbia acquistato per un titolo abile a trasferire il dominio*, ma *chi possiede come proprietario in forza di un tale titolo.* Ond'è che se anche non esista giuridicamente un titolo traslativo di proprietà a favore del possessore, ma per un errore incolpevole egli sia stato persuaso che esistesse, e fondandosi su questo creduto titolo, che sarebbe per se medesimo stato abile a trasferire il dominio, abbia posseduta la cosa come proprietario, si troverà tuttavia nei termini della legge per potersi qualificare quale possessore di buona fede.

Da ciò deriva poi una conseguenza sommamente importante; che, cioè, un *titolo putativo* possa equivalere in questa materia ad un titolo realmente esistente, e che, per esempio, chi possegga un bene credendolo comperato in suo nome da un mandatario, al quale ne aveva dato l'incarico, il legatario che possiede la cosa legata igno-

rando l'esistenza d'un testamento che revocava il precedente, l'erede che possiede la cosa trovata nella eredità non sapendo che appartenga ad altri, tutti costoro possano invocare il benefizio di legge per l'acquisto dei frutti percetti, sebbene il titolo, da cui dipende il loro possesso, non sia reale, ma *putativo* soltanto. Tali almeno sono i concetti adottati dalla maggior parte degli autori (1), sebbene non accolti da qualche altro illustre scrittore (2). A noi sembra — come abbiam detto — che la teoria insegnata dai primi non solo sia la più conforme al testo della legge, ma sia pure giustificata dai motivi riferiti nel numero precedente, e pei quali fu conceduto al possessore di buona fede di far propri i frutti della cosa posseduta. Se il possessore ha creduto appartenergli legittimamente la cosa posseduta, e di questa sua falsa opinione non è imputabile a lui nessuna colpa, egli è ben degno della protezione della legge, qualunque sia la causa che osti al creduto suo acquisto di proprietà, consista poi essa nell'assoluta inesistenza giuridica del titolo abile a trasferire il dominio, pel quale si reputava proprietario, o nella semplice annullabilità di un titolo realmente esistente. Il mandante, che credè legittimamente acquistata in suo nome dal mandatario la cosa che gli aveva dato incarico di comprargli; il legatario che ignorava la revocazione del legato; l'erede che possedeva il fondo di cui reputava padrone il defunto, mentre spettava ad altri; allorchè il vero proprietario evincendolo gli chiede anche la restituzione dei frutti percetti in una lunga serie di anni, non è forse esposto senz'alcuna sua colpa ad una rovina talora estrema, dovendo depauperare il proprio patrimonio per rendere il cumulo di quelle rendite sulle quali, credendole proprie, ha regolate le spese della sua casa? Ciò non implica una

---

(1) V. Du Caurroy, Bonnier e Roustain, *Comm. théor. et prat. du Code civil*, t. II, n. 100; Demolombe, t. IX, n. 549-596, 602; Aubry e Rau, t. II, § 206 n. III, nª 15.
(2) V. Laurent, t. VI, n. 209.

probabile perturbazione nell'ordine delle famiglie e dello Stato? E il vero proprietario, dal canto suo, non ha forse a rimproverarsi l'indugio che ha posto nell'esercizio delle proprie azioni? E non è forse vero che ripetendo tutto il cumulo di quelle rendite, che avrebbe probabilmente spese, nella maggior parte almeno, se le avesse percette a mano a mano che maturavano, verrebbe in qualche modo a migliorare la condizione propria, e che esonerando il possessore dall'obbligo di restituirgliele, la legge non fa subire al proprietario quel danno che senza questa equa disposizione andrebbe invece ad incontrare il possessore? Così pare a noi che la opinione prevalente su questo punto pel numero dei giureconsulti che la professano, sia pure la meglio fondata in ragione. Ma comunque sia di ciò — chè non sarebbe qui il luogo opportuno per isvolgere maggiormente codesta discussione, estranea alla specialità dell'argomento che attualmente trattiamo — è certo, ad ogni modo, che principii ben diversi debbono ritenersi in riguardo al giusto titolo ed alla buona fede considerati come elementi necessari per la prescrizione acquisitiva decennale. Relativamente a questa, il giusto titolo e la buona fede sono da considerarsi anche nel diritto odierno — come abbiam veduto che già erano secondo il diritto romano — due requisiti perfettamente distinti, il concorso dei quali è tuttavia indispensabile affinchè la prescrizione abbia luogo. Su questo punto la dottrina è concorde (1); e le porgono infatti il più sicuro e manifesto appoggio sì il testo che lo spirito della legge. Per quanto riguarda le espressioni letterali, la massima preindicata risulta più chiaramente che mai dalla disposizione dell'art. 2137 del nostro Codice. Quelli tra i Codici anteriori, che ammettevano la prescrizione di dieci o di

---

(1) V. TROPLONG, *De la prescription*, n. 871; MARCADÉ, *De la prescript.*, art. 2265, § 1; ZACHARIÆ, t. I, § 217, n. 4; AUBRY e RAU, t. II, § 218, n^a 19; LAURENT, t. XXXII, n. 386.

venti anni come mezzo d'acquisto della proprietà di beni immobili, dichiaravano concedersi tale benefizio a chi acquistasse un immobile *in buona fede e con giusto titolo* (Cod. franc., art. 2265, — Cod. pel regno delle Due Sicilie, art. 2171, — Cod. Parm., art. 2372, — Cod. Est., art. 2303); indi in separate disposizioni stabilivano che " *un titolo* " *nullo per difetto di forme non può servire di base alla pre-* " *scrizione di dieci e di venti anni* (art. 2267 Cod. franc., — 2173 Cod. pel regno delle Due Sicilie); ed altri con maggiore esattezza dicevano: " Vi ha giusto titolo, quando " siasi acquistato il possesso per una delle cause atte a " trasferire il dominio.

" *Quando però a trasferire il dominio sia necessario il* " *concorso di certe solennità, non vi sarà giusto titolo, se non* " *qualora le medesime solennità sieno state osservate* „ (articolo 2363 Cod. Parm., — 2307 Cod. Est.).

Con ciò risolvevano il dubbio, che poteva nascere dalle disposizioni degli altri Codici precedentemente citati: se, cioè, dovesse considerarsi come giusto titolo, atto a dar fondamento alla prescrizione decennale, quello che fosse giuridicamente esistente, ma annullabile per difetto di forme non solenni e richieste per l'esistenza legale dell'atto — come nelle donazioni — bensì abilitanti per le persone incapaci, e prescritte sotto pena di una nullità semplicemente *relativa* agl'incapaci medesimi, come quando il possessore avesse acquistato un immobile appartenente a persona minorenne od interdetta senza l'adempimento delle formalità richieste dalla legge.

Su quelle varie disposizioni la dottrina era però concorde — come già avvertimmo — nel ritenere che in questa materia della prescrizione acquisitiva il giusto titolo costituisse una condizione completamente distinta da quella della buona fede, nè fosse da riguardarsi come un semplice elemento o mezzo di prova della buona fede stessa; e di ciò traevasi argomento principalmente dalla dizione letterale di quelle disposizioni, e dal loro confronto colle

altre relative all'acquisto dei frutti in favore del possessore di buona fede.

Or questo argomento riesce di tanto maggiore evidenza nel Codice nostro; il quale riunendo tutto in una sola disposizione, ha dichiarato nell'art. 2137, che " chi acquista *in buona fede* un immobile, o un diritto reale " sopra un immobile, *in forza di un titolo*, che sia stato " debitamente trascritto, e che non sia nullo per difetto " di forma, ne compie in suo favore la prescrizione col " decorso di dieci anni dalla data della trascrizione ".

Non basta dunque la *buona fede*, cioè la credenza di avere acquistato da chi fosse legittimo proprietario della cosa, od almeno da chi avesse il potere di trasmetterne in nome del proprietario stesso il dominio, ma bisogna inoltre *avere acquistato in forza di un titolo giusto;* e questo è un requisito essenziale e distinto della prescrizione acquisitiva decennale, non un semplice elemento o mezzo di prova della *buona fede* del possessore. Con quest'ultimo concetto il legislatore non avrebbe avuto bisogno di parlar qui separatamente del titolo; ma gli sarebbe bastato dichiarare che *chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile, ne compie in suo favore la prescrizione col decorso di dieci anni;* giacchè in forza della disposizione generale dell'art. 701 sarebbesi inteso senza altro che a potersi qualificare *possessore di buona fede* era necessario *possedere in forza di un titolo abile a trasferire il dominio.* Oltre a ciò, i termini della nostra legge sono anche più espliciti, inquantochè stabiliscono che il titolo, in forza del quale siasi acquistato l'immobile, debba *essere stato trascritto* e *non esser nullo per difetto di forma,* e che solo dalla data della trascrizione possa decorrere la prescrizione decennale; il che suppone evidentemente la necessità di un titolo d'acquisto che realmente esista, indipendentemente anche dalla buona fede dell'acquirente.

Del resto, colle espressioni letterali della disposizione concordano pure i motivi, che la giustificano pienamente.

Allorchè si tratta soltanto di esimere il possessore dall'obbligo di restituire al vero proprietario, che rivendica la cosa, i frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale, è unicamente la buona fede del possessore medesimo — come già osservammo — che dà ragione di questo beneficio concessogli dalla legge, e ne costituisce la condizione veramente essenziale; il posseder egli la cosa in forza d'un titolo abile a trasferire il dominio, è richiesto solo perchè in mancanza di ciò la buona fede stessa di lui non sarebbe possibile. Ma quando si tratta invece di acquistare con una prescrizione più breve dell'ordinaria il dominio stesso di un immobile, spogliandone il vero proprietario, non è certamente soverchio il non contentarsi della semplice buona fede del possessore, ma esigere che esista realmente in suo favore un titolo abile a trasferire il dominio, del quale per virtù della legge si sanino mediante la prescrizione i vizi a fronte del vero proprietario, rendendo pienamente efficace anche verso di lui il titolo stesso.

83. Mantenendo dunque ferma la distinzione fondamentale tra il *giusto titolo* e la *buona fede*, come requisiti distinti, dei quali è necessario il concorso per la prescrizione acquisitiva decennale; e ritenendo altresì come non sia da confondersi l'errore in cui sia incorso il possessore relativamente all'esistenza giuridica od alla validità del proprio titolo d'acquisto, con quello che riguardi invece l'appartenenza della cosa alla persona da cui l'ha acquistata, od in altre parole coll'*errore del possessore intorno ai titoli del proprio autore;* ci proponiamo ora di esaminare le varie questioni dibattute in tema di *error di diritto*, considerando appunto separatamente i casi in cui esso si riferisca al titolo d'acquisto del possessore, od ai titoli dell'autore di lui, e quindi alla legittimità della trasmissione del dominio fatta a favore dell'acquirente.

L'errore circa il titolo d'acquisto del possessore può riguardare la stessa esistenza del titolo, o solamente la sua

validità ed efficacia per l'acquisto del dominio; e nell'un caso e nell'altro può essere tanto *di fatto* che *di diritto*. Per esempio, *circa l'esistenza del titolo* di suo acquisto, vi è un *errore di fatto* del possessore, s'egli crede essere stato comprato il fondo, che possiede, da un suo procuratore, il quale invece non ha eseguito il mandato; vi è errore *di diritto*, se ha comprato il fondo da un procuratore generale del proprietario, ignorando che il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione, e per gli atti di alienazione è indispensabile un mandato espresso (art. 1241 Cod. civ.). Circa la validità e l'efficacia del titolo, erra in fatto colui che acquista da un minorenne o da un interdetto, senza le formalità richieste dalla legge, perchè lo reputa maggiore di età, od ignora la avvenuta interdizione; erra in diritto, se ignora la incapacità legale del minorenne o dell'interdetto. Restringendoci al tema nostro attuale, non dobbiamo occuparci che dell'errore di diritto. E qualora esso verta, come abbiamo prima supposto, intorno all'esistenza stessa del titolo di acquisto del possessore, non vi è dubbio che tale errore sarà inallegabile all'effetto della prescrizione acquisitiva decennale. Quantunque potesse essere scusabile l'errore del possessore, sarebbe impossibile attribuirgli l'effetto di dar vita ad un titolo che in realtà non esiste, e in difetto del quale, per quanta sia la buona fede del possessore medesimo, la legge non ammette in favore di lui la prescrizione decennale. Perciò abbiamo visto escluso, in via di regola, dagli stessi interpreti del diritto romano, che il *titolo putativo* potesse equivalere al titolo vero, neppur quando si trattasse di *errore di fatto*, chè l'errore di diritto non riguardavasi in nessun caso come invocabile per l'usucapione. "*Error* " *falsae causae usucapionem non parit*, veluti, si quis cum " non emerit, emisse se existimans, possideat; vel cum ei " donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat. „ *Inst.*, lib. II, tit. VI, § II. Per altro, in via di equità facevasi a questa regola una eccezione pel caso di un errore affatto

incolpevole, e come dicevano, *giustissimo*, in cui avesse dovuto incorrere il possessore: " Quod vulgo traditum est, " *eum, qui existimet se quid emisse, nec emerit, non posse pro* " *emtore usucapere:* hactenus verum esse ait, si nullam " justam causam ejus erroris emtor habeat; nam si forte " servus, vel procurator, cui emendam rem mandasset, " persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, " ut usucapio sequatur. „ (L. 11, ff. *Pro emtore*).

Quanto poi all'errore di diritto, la massima dell'inallegabilità di esso era assoluta: " *Si scias pupillum esse* (a quo " emeris) *putes autem pupillis licere, res suas sine tutoris* " *auctoritate administrare, non capies usu; quia juris error* " *nulli prodest.* „ (L. 2 15, ff. *Pro emtore*). Nella dottrina moderna nessuno mette in dubbio che per la prescrizione decennale si esiga l'esistenza reale d'un titolo di acquisto a favore del possessore, nè basti a supplirvi l'opinione di lui che tale titolo esista; e in questo senso tutti negano l'ammissibilità del *titolo putativo*, sia poi che lo si faccia dipendere da un errore di fatto, o da un errore di diritto, senza alcuna limitazione (1).

Le difficoltà e le discordanze di opinioni incominciano nella ipotesi che l'errore del possessore non verta intorno all'esistenza giuridica del proprio titolo d'acquisto, ma questo essendovi realmente, egli abbia soltanto errato intorno alla validità ed all'efficacia legale del titolo stesso. Taluno, per esempio, ha comperato da una persona minore di età, un fondo che apparteneva ad un terzo, e lo ha comperato senza l'adempimento delle forme richieste per l'alienazione dei beni dei minorenni, o perchè credeva che l'alienante fosse già maggiore, o perchè ignorava la necessità di quelle forme. Nel primo caso vi è stato *errore di fatto*, nel secondo *errore di diritto;* ma sia nell'uno o nell'altro, la

---

(1) V. Troplong, *De la prescript.*, n. 893; Marcadé, *De la prescript.*, art. 2265-2269, § III; Zachariæ, t. I, § 217, nª 5; Aubry e Rau, t. II, § 218, nª 20; Laurent, t. XXXII, n. 399.

risoluzione non può qui essere diversa, perchè la questione sta sempre tutta nello stabilire se possa valere come giusto titolo, per gli effetti della prescrizione acquisitiva, opponibile al terzo vero proprietario, un atto non inesistente giuridicamente, ma solo impugnabile per una *nullità relativa*, come è appunto l'alienazione di beni di un incapace, fatta senza l'osservanza delle formalità necessarie. In diritto romano la questione non avrebbe potuto esser posta nei termini ora accennati, pel caso che il possessore invocante l'usucapione avesse comprata la cosa da un pupillo, senza l'autorità del tutore; perchè in tal caso l'alienazione non era solo colpita d'una nullità relativa al pupillo, ma era nulla *ipso jure*, nè la tradizione fatta dal pupillo stesso poteva avere alcuna efficacia per la traslazione del dominio. " Pupillus èx omnibus causis, solvendo sine tutoris aucto- " ritate, *nihil agit: quia nullum dominium transferre potest* „ (L. 9, ff. *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*). Quindi ritenevasi: che se l'acquirente aveva saputo di trattare con un pupillo, non poteva giovarsi della usucapione. — " Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, *idque tu* " *scias*, usucapere non potes „ (L. 12, ff. *De usurpationibus et usucapionibus*); se non l'aveva saputo, errando in fatto, perchè credeva che quel pupillo avesse superata la pubertà, quantunque a rigore di diritto sarebbe stata da escludersi l'usucapione, pure veniva ammessa per equità " *quia probabilis error possidentis usucapioni non obstat* (L. 5, ff. *Pro suo*, L. 2, § 15, ff. *Pro emtore*); se aveva errato in diritto, reputando lecito al pupillo di alienare i suoi beni senza l'autorità del tutore, non poteva usucapire „ *quia juris error nulli prodest* (L. 2, § 15, ff. *Pro emtore*).

Nel diritto odierno l'inosservanza in un atto giuridico di quelle forme, che non siano stabilite per la regolarità dell'atto considerato in sè stesso, ma per guarentire più efficamente l'interesse di persone incapaci di obbligarsi — minori, interdetti, inabilitati, donne maritate — non produce la nullità assoluta dell'atto medesimo, ma una nullità

semplicemente *relativa*, nel senso che dalla sola persona stessa incapace può essere opposta, non dall'altra parte contraente, e tanto meno da terzi (art. 1107 Cod. civ.). Parimente non è che *relativa* in un contratto la nullità dipendente da vizi del consenso — errore, violenza, dolo — nel senso che solo la persona, il cui consenso fu dato per errore, o estorto con violenza, o carpito con dolo, può proporre quella nullità (art. 1108 e seg. Cod. civ.). Ora in ciò può trovarsi, a nostro modo di vedere, il fondamento per risolvere le questioni che si fanno in materia di prescrizione acquisitiva decennale, pei casi di errore incorso dal possessore intorno alla validità del proprio titolo d'acquisto. Il possessore, in tutte le preaccennate ipotesi, ha un titolo realmente esistente in proprio favore, e che supponiamo essere stato debitamente trascritto, e non esser nullo per difetto di forme solenni. Affinchè, non ostante ciò, e non ostante la buona fede del possessore — che reputava appartenere veramente l'immobile a colui dal quale lo acquistava — il terzo, vero proprietario, contestasse efficacemente la prescrizione decennale invocata dal possessore medesimo, bisognerebbe che potesse opporre a questo la nullità del suo titolo di acquisto; ciò che può essergli lecito qualora si tratti di una *nullità assoluta*, opponibile da qualunque interessato, ma non quando si tratti invece di una nullità semplicemente *relativa*. In quest'ultimo caso, pertanto, il possessore trovandosi in buona fede, poichè credeva di acquistare l'immobile da chi ne fosse proprietario, ed avendo d'altra parte acquistato mediante un titolo pel quale gli sarebbe effettivamente trasmessa la proprietà, se fosse appartenuta all'alienante, titolo annullabile bensì, ma per una nullità relativa, non invocabile dal terzo, vero proprietario; è ben chiaro che il possessore stesso non può neppure trovarsi in condizione d'aver bisogno di allegare l'errore in cui sia stato relativamente alla validità del proprio titolo d'acquisto. Quando anche non abbia errato affatto, quand'anche abbia cono-

sciuta, per esempio, la minorità di colui dal quale acquistava, nè abbia ignorate le forme che avrebbe dovuto osservare per acquistare validamente; ciò però non autorizza il terzo, vero proprietario, ad opporre una nullità relativa all'alienante, che ha stipulato, o personalmente o col mezzo del suo legittimo rappresentante, un contratto senz'adempiere le formalità abilitanti necessarie; e d'altra parte finchè l'atto non sia impugnato da chi ne ha il diritto, e non ne sia pronunciata giudizialmente la nullità, rimane efficace, costituisce quindi un titolo abile a trasferire il dominio in favore dell'acquirente, e può, se concorre la buona fede, essere utilmente invocato da lui per gli effetti della prescrizione acquisitiva. Per conseguenza è manifesto non potersi seguire nel diritto nostro le distinzioni del diritto romano tra l'errore di fatto e quello di diritto, in cui fosse incorso il possessore circa la validità del proprio titolo d'acquisto.

In questi concetti ci sembra che raffermi tanto più la nuova forma in cui fu espressa la disposizione dell'art. 2137 del nostro Codice, in confronto d'altri anteriori; i quali — come già sopra accennammo — dopo avere stabilita la prescrizione decennale in favore di chi avesse acquistato *in buona fede e con giusto titolo* un immobile, dichiaravano poi in separati articoli che *un titolo nullo per difetto di forme non poteva servire di base a quella prescrizione*. Nel citato articolo del Codice italiano, dov'è riunito in una sola disposizione tutto ciò che concerne la prescrizione acquisitiva decennale, non si parla più del *titolo che non può servire di base alla prescrizione*, ma si definisce invece il titolo, che congiunto alla buona fede del possessore dà luogo alla prescrizione decennale, dicendo esser quello " che sia stato debitamente trascritto, *e che non sia nullo per difetto di forma* „. Verificandosi pertanto queste due condizioni, il titolo è atto alla prescrizione decennale, ancorchè sia annullabile per qualche altra causa, diversa da quella del *difetto delle forme solenni a cui ne sia subordinata la vali-*

dità; ancorchè sia annullabile per difetto delle forme abilitanti richieste nell'interesse della persona incapace, dalla quale od in cui nome sia stata fatta l'alienazione. Vero è che la legge nostra parla in genere di *nullità per difetto di forma*, ciò che potrebbe lasciar luogo a comprendervi — stando alla sola letterale espressione — anche la nullità per inosservanza delle forme prescritte nell'interesse di persone incapaci; e certamente sarebbe stata più precisa e più chiara la forma del dire, se ad imitazione d'altri codici italiani si fosse dichiarato richiedersi un *titolo che non sia nullo per inosservanza delle solennità, il cui concorso sia necessario a trasferire il dominio.* Ma l'interpretare in questo solo senso l'espressione, *nullità per difetto di forma*, usata nel predetto articolo, è una necessità derivante, come dimostrammo, dalla retta applicazione dei principii; poichè la nullità per difetto di forme richieste nel solo interesse d'un contraente incapace, è puramente *relativa* a lui, nè può giovarsene il terzo contro cui la prescrizione acquisitiva venga invocata. E d'altra parte in questo solo senso erano concordemente interpretate le identiche espressioni adoperate nel Codice francese, ed in altri; il che spiega come gli autori del Codice italiano abbiano in questa parte seguìta con animo tranquillo la tradizione. Quasi tutti gli autori, infatti, ammettevano, in via di massima, che l'annullabilità relativa dell'atto d'acquisto fatto dal possessore non impedisse di considerarlo come un giusto titolo, atto alla prescrizione (1); ed osservavano doversi distinguere tra le *nullità assolute* e le *nullità relative*, dicendo che le prime potendo essere invocate da chiunque vi abbia interesse, l'avere un titolo nullo assolutamente equivale a non averne alcuno, talchè la prescrizione decennale non può

---

(1) V. Delvincourt, t. II, p. 212, n^a^ 2 in f^e^; Duranton, t. XXII, n. 383; Zachariæ, t. I, § 217, n. 3, n^a^ 10; Troplong, *De la prescr.*, n. 902, 906; Marcadé, *De la prescr.*, art. 2265-2269, § III; Aubry e Rau, t. II, § 218, n^e^ 9, 10; Laurent, t. XXXII, n. 394. V. contro Vazeille, *Tr. des prescript.*, t. II, n. 481.

aver luogo; mentre se la nullità non è che *relativa*, non esistendo essa realmente fuorchè per coloro nel cui interesse è stabilita, riesce evidente che a fronte d'ogni altro il titolo è da riguardarsi come valido, e conseguentemente può servire di base alla prescrizione.

Alcuni però degli autori che citammo limitavano la regola predetta, ch'essi pure ammettevano, affermando che *riguardasse unicamente il requisito del giusto titolo;* ma rimanesse tuttavia d'apprezzare le conseguenze dell'annullabilità relativa, a cui fosse soggetto il titolo d'acquisto del possessore, in relazione all'altro requisito della *buona fede,* necessario a lui per acquistare mediante la prescrizione. In questo aspetto sostenevano, che qualora il possessore avesse conosciuta la causa di nullità relativa del proprio titolo d'acquisto — avesse saputo, per esempio, che la persona da cui riceveva l'alienazione del fondo era minore d'età — ciò bastasse per costituirlo *in mala fede,* e rendergli perciò impossibile la prescrizione acquisitiva decennale (1); e venivano così a limitare in effetto l'allegabilità di un titolo impugnabile per nullità relativa, al solo caso in cui l'acquirente avesse creduto quel titolo valido. Ma, dopo ciò, si dividevano nuovamente d'opinioni nel determinare quale fosse l'errore che all'acquirente fosse lecito addurre; qualcuno distinguendo l'errore di fatto da quello di diritto, ed ammettendo il primo, respingendo il secondo (2); mentre altri diceva invocabile l'errore di diritto al par di quello di fatto (3), e tanto potersi addurre dal possessore d'aver creduta maggiore d'età la persona minorenne da cui acquistava, quanto d'avere senza sua colpa ignorata la necessità di quelle forme abilitanti, che nell'atto d'acquisto fossero state omesse.

---

(1) V. Troplong, *De la prescript.*, n. 902, 918; Marcadé, *De la prescr.*, art. 2265-2269, §§ III, IV; Laurent, t. XXXII, n. 411.
(2) V. Troplong, op. cit., n. 925, 926.
(3) V. Laurent, t. XXXII, n. 413.

Altri autori al contrario insegnarono, la buona fede in materia di usucapione non doversi intendere nel senso generico ed assoluto della *opinio quaesiti dominii* — nel senso cioè della convinzione del possessore che il suo possesso sia *legittimo sott'ogni rispetto* — ma nel senso speciale e relativo, consistente nella credenza dell'acquirente che la cosa appartenga a colui che ne dispone in suo favore, e più precisamente nell'*ignoranza, in cui egli si trovi, che il disponente non ne sia il legittimo proprietario*; l'annullabilità del titolo d'acquisto, per una nullità relativa all'alienante, non ostare alla buona fede intesa in questo senso speciale e limitato, e d'altra parte anche un tale titolo essere effettivamente traslativo della proprietà, salvi sempre gli effetti della dichiarazione giudiziale di nullità, che sia promossa dalla persona a cui sola ne appartiene il diritto, cioè dall'alienante a cui la nullità è relativa; perciò esser lecito a chi abbia acquistato da un minore un bene appartenente ad un terzo — *non ostante la conoscenza, avuta, della minorità dell'alienante* — esser lecito del pari all'acquirente, il cui titolo sia impugnabile da colui dal quale emana, per vizi di violenza, di dolo o di lesione, l'invocare nondimeno contro il vero proprietario la prescrizione acquisitiva decennale (1). Ed è questa la teoria che a noi sembra fondata sui veri principii. L'opinione contraria cade, a nostro modo di vedere, in quella confusione, che a torto si volle rimproverare alle leggi romane ed ai giureconsulti che le interpretarono, tra il giusto titolo e la buona fede, come requisiti della usucapione. Allorchè il possessore all'atto del suo acquisto credè che la cosa formante oggetto di esso appartenesse legittimamente a chi gliela trasmetteva, egli era in buona fede relativamente al vero proprietario, al quale oppone la prescrizione, poichè ignorava i diritti di lui. Che poi abbia conosciuti od abbia ignorati

---

(1) V. Duranton, t. XXII, n. 384; Zachariæ, t. I, § 217, nª 14; Aubry e Rau, t. II, § 218, nº 24, 25, 26.

i vizi, dei quali sia infetto il titolo mediante cui ha acquistata la cosa da chi non ne era il padrone, ciò riguarda il titolo stesso e la sua opponibilità al vero proprietario per gli effetti della prescrizione acquisitiva, ma non la buona fede del possessore. E certamente, se il titolo era nullo di nullità assoluta, anche il vero proprietario, come avente interesse, potrà opporla; e riconosciuta e dichiarata che sia, ciò impedirà il compimento della prescrizione decennale, giacchè per l'effetto retroattivo della dichiarazione di nullità, l'atto annullato considerandosi come non mai esistito giuridicamente, *verrà a mancare il titolo*, senza il quale quella prescrizione non può aver luogo. Ma se invece la nullità sia *relativa all'alienante*, il terzo, vero proprietario, non potendo, per quanto vi abbia interesse, promuovere la dichiarazione di quella nullità contro il possessore, non avrà modo per difendersi dall'eccezione di prescrizione da questo opposta, allegando che manchi di titolo; come non avrà ragione di dirgli che sia in mala fede verso di lui, del quale ignorava i diritti allorchè fece l'acquisto. Questo ragionamento è manifestamente applicabile con identica forza tanto al caso in cui il possessore abbia conosciuta, quanto a quello in cui abbia ignorata la causa che dava luogo a nullità relativa del proprio titolo d'acquisto; ciò che rende affatto oziosa — come già notammo — la disputa se l'error di diritto in cui sia incorso il possessore, intorno alla validità o nullità relativa del proprio titolo di acquisto, sia da parificarsi o no all'errore di fatto; dappoichè anche quando il possessore non sia incorso in errore di alcuna sorta, anche quando abbia saputo di acquistare per un titolo soggetto ad annullazione, può regolarmente aver luogo in favore di lui la prescrizione acquisitiva decennale.

84. Resta ora di esaminare l'altra ipotesi, che l'errore del possessore non riguardi il titolo d'acquisto di lui, ma quelli che aveva il suo autore; ed è in questa ipotesi

appunto che ci troviamo veramente nel campo della *buona fede*, intesa nel senso giuridico e specifico che già abbiamo dimostrato, nel senso, cioè, della credenza avuta dall'acquirente, che la cosa appartenesse propriamente a colui il quale ne disponeva in suo favore, o in altri termini — come si esprime il Zachariae — della *ignoranza in cui l'acquirente siasi trovato, che il disponente non fosse il legittimo proprietario della cosa da lui alienata.*

Avvi intorno a ciò un canone accettato dalla dottrina antica e moderna come verità incontestabile; ed è, che la buona fede, per dar fondamento all'usucapione, debba essere piena e sicura, scevra da qualunque dubbio, da qualunque incertezza dell'acquirente intorno ai diritti del suo autore. Qualche difficoltà erasi voluto sollevare intorno a codesto punto; se cioè potesse esser reputato di buona fede anche il possessore che avesse dubitato se colui dal quale riceveva la cosa ne fosse o no il padrone, ed avesse o no la facoltà di alienarla. Ma per la risoluzione negativa prestavano argomento sicuro due leggi romane; l'una che decideva non esser luogo ad usucapione, neppure in favore di colui che a torto reputasse non essergli concesso dalla legge di usucapire, perchè ciò gl'impediva di possedere in buona fede: “ Si quis id, quod possidet, “ non putet sibi per leges licere usucapere: dicendum “ est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usuca- “ pionem: vel *quia non bona fide videatur possidere*, vel “ quia in jure erranti non procedit usucapio „ (L. 32, § 1, ff. *De usurp. et usucap.*). Nell'altra delle citate leggi era risolto il caso di chi avendo comprato dieci schiavi, sapesse che alcuni appartenessero ad altri, ma ignorasse quali; perchè da ciò derivava che per ciascuno di quegli schiavi egli dovesse essere in dubbio se gli fosse stato dato da chi ne fosse il vero padrone, epperò per nessuno di essi si trovasse in buona fede: “ Si ex decem “ servis, quos emerim, aliquos putem alienos, et qui sint, “ sciam, reliquos usucapiam: *quod si ignorem, qui sint*

“ *alieni: neminem usucapere possum* „ (L. 6, § 1, ff. *Pro emtore*) (1).

La stessa massima, espressamente professata da alcuni degli autori moderni, non è da nessun altro contestata (2).

Adottata la massima predetta, deve seguirne, per maggiore ragione, che un possessore, il quale al tempo dell'acquisto abbia conosciuta l'esistenza d'una causa di nullità o di rescissione, per la quale il titolo d'acquisto dell'autore di lui sia impugnabile, non possa dirsi di buona fede, nè quindi invocare a proprio favore la prescrizione acquisitiva decennale (3). Egli infatti, più che dubitare soltanto, sa positivamente di non avere acquistato da chi fosse proprietario incommutabile del bene trasmessogli; ed anzi, se il titolo del suo autore sia a scienza sua inesistente giuridicamente, o nullo di nullità assoluta, sa di avere acquistato l'immobile da chi non poteva trasmettergli su di esso alcun diritto, perchè nessuno ne aveva egli medesimo. Come dunque potrebbe pretendere d'essere considerato in buona fede? Che se poi il titolo dell'autore abbia esistenza giuridica, nè sia assolutamente nullo, ma solo si trovi infetto di qualche vizio che ne produca la nullità relativa o la rescindibilità, e il possessore all'atto del suo acquisto abbia conosciuto quel vizio, sarà pur sempre vero che dovendosi tener preparato alle conseguenze dell'azione di nullità relativa o di rescissione, esercibile da chi aveva trasmesso l'immobile all'autore suo, — azione che non fosse per anco estinta, a termini dell'art. 1300 del Codice civile — egli non può avere quella sicura opinione intorno al diritto del suo autore ed alla conseguente inoppugnabilità dell'acquisto proprio, che gli sarebbe necessaria per farsi ritenere di buona fede agli

(1). V. Voet *ad Pand.*, lib. XLI, tit. III, n. 6; Richeri, *Univ. civ. et crim. jurispr.*, t. IV, § 76-81.

(2) V. Duranton, t. XXI, n. 386; Troplong, *De la prescript.*, t. II, n. 927; Aubry e Rau, t. II, § 218, n. 2.

(3) V. Aubry e Rau, t. II, § 218, nª 28.

effetti della prescrizione decennale. Abbiamo ritenuto, è vero, che allorquando, non il titolo d'acquisto dell'autore, ma quello del possessore stesso sia viziato di nullità relativa, ciò non gl'impedisca d'invocarlo a fondamento della prescrizione acquisitiva decennale, non ostante che il possessore abbia conosciuta l'esistenza di quel vizio. Ma ciò riguardava appunto il requisito del giusto titolo nella prescrizione, non quello della buona fede; e la differenza tra i due casi è manifesta. Quando il possessore ha acquistato esso mediante un titolo soggetto a nullità relativa, conoscendo pure il vizio che dava luogo a tale nullità; nondimeno quel titolo avrebbe valso a trasferirgli effettivamente la proprietà, se questa avesse veramente appartenuto all'alienante, salvi gli effetti dell'azione di nullità che fosse stata esercitata entro il tempo prefisso dalla legge, dall'alienante medesimo, a cui solo essa competeva; e se a ciò si congiunga la buona fede del possessore, si comprende che la legge lo protegga contro il vero proprietario, il quale abbia trascurato per un decennio di rivendicare la cosa propria, senzachè per impedire gli effetti di tale prescrizione acquisitiva quest'ultimo possa invocare la nullità del titolo del possessore, che è relativa ad altri, epperò non opponibile dal vero proprietario stesso. Ma quando invece è il titolo d'acquisto di chi ha poi trasmessa la proprietà dell'immobile all'attual possessore, che trovasi infetto d'una nullità relativa, e il possessore medesimo non ha ignorato il vizio che la produceva; egli trovandosi, colla prescrizione che oppone, di fronte al vero proprietario, al quale spetta la detta azione di nullità, non può invocare rimpetto a lui quella buona fede, di cui realmente manca, dappoichè ha acquistato sapendo d'essere esposto alle conseguenze appunto dell'azione di nullità esperibile dall'anteriore alienante; nè vi sarebbe ragione perchè questo possesso tenuto in mala fede, sotto il continuo e conosciuto pericolo delle azioni che l'anteriore alienante poteva esercitare per riavere la cosa propria,

avesse a meritare la speciale protezione della legge con una prescrizione più breve dell'ordinaria.

Supponiamo ora che il possessore abbia all'opposto ignorati i vizi di cui era infetto il titolo d'acquisto dell'autor suo. Egli può avere ignorata l'esistenza di fatto di codesti vizi, od avere ignorate in diritto le conseguenze da essi derivanti; e queste conseguenze possono consistere o nell'inesistenza giuridica o nella nullità assoluta, ovvero nella semplice nullità relativa dell'atto, con cui l'autore dell'attual possessore aveva acquistato il bene controverso.

Prescindiamo dall'errore di fatto, perchè non forma oggetto del nostro tema, quantunque i principii da applicarsi non sarebbero diversi; ma occupiamoci esclusivamente dell'errore di diritto. L'autore dell'attual possessore aveva, per esempio, acquistato l'immobile da persona alla quale il proprietario dell'immobile stesso aveva conferito un mandato concepito in termini generali, ma senza l'espressa facoltà d'alienare (art. 1741 Cod. civ); e quell'acquisto sarebbe quindi *inesistente giuridicamente* (art. 1752 Codice civile). Ovvero aveva acquistato contravvenendo ad alcuna delle disposizioni proibitive contenute nell'art. 1458; e sarebbe caso di nullità assoluta di tale acquisto. Ovvero aveva acquistato da un incapace, senza l'adempimento delle formalità abilitanti prescritte dalla legge; e sarebbe caso di nullità relativa. L'attual possessore, che supponiamo abbia dal canto proprio acquistato ulteriormente lo stesso immobile per un giusto titolo, il quale sia stato debitamente trascritto e non sia nullo per difetto di forme, ha conosciuti all'atto del suo acquisto i fatti preaccennati; ma ritenne nondimeno per errore di diritto che il suo autore fosse divenuto legittimo proprietario di quell'immobile, reputando che il mandatario generale avesse anche la facoltà di alienare i beni del mandante; ignorando le proibizioni recate dall'art. 1458; ignorando la necessità delle forme abilitanti che vennero omesse. Potrà il possessore essere ammesso a provare di essere incorso in tale errore di

diritto, al fine di giustificare la propria buona fede, e prevalersi della prescrizione conceduta dall'art. 2137 del Codice civile? È questa appunto la questione, intorno alla quale notammo già quanta sia la dissidenza degli autori (1). A noi è sembrata preferibile l'opinione di quelli, che senza alcuna distinzione di casi ammettono anche l'errore di diritto, al pari di quello di fatto, come allegabile dal possessore a giustificazione della propria buona fede per gli effetti della prescrizione acquisitiva decennale; perchè crediamo questa opinione conforme al testo, e giustificata dai motivi della legge.

Il testo dichiara compiersi col decorso di dieci anni la prescrizione in favore del possessore, che abbia *acquistato in buona fede* un immobile in virtù di un titolo valido per la forma e debitamente trascritto; e richiedendo così genericamente la *buona fede*, con cui siasi acquistato un immobile non appartenente veramente all'alienante, ma ad un terzo, non distingue poi se tale *buona fede* dipenda da *errore di fatto o da errore di diritto*. Gl'interpreti, che negano l'allegabilità dell'error di diritto in questa materia, introducono dunque nella legge una distinzione ch'essa non fa, limitano la generalità della disposizione, che parla solo di *buona fede*, soggiungendo che questa debba dipendere *da errore di fatto*.

I motivi, che indussero ad ammettere questa prescrizione più breve dell'ordinaria, consistono nell'interesse, non solo privato, ma anche pubblico, di consolidare più presto, a fronte del terzo, vero proprietario, il titolo giusto, valido per la forma e reso pubblico mediante la trascrizione, in virtù del quale un acquirente abbia posseduto l'immobile, che acquistò credendone legittimo proprietario chi glielo trasmetteva. Colui ha pienamente osservata la legge, acquistando per un titolo abile a trasferirgli il dominio, e che glielo avrebbe effettivamente trasferito se l'alienante

(1) V. sopra, n. 80, pag. 353, ss.

fosse stato il vero proprietario; adempiendo le forme richieste per la validità di quel titolo dalla legge medesima; trascrivendolo com'essa gl'imponeva. Acquistò veramente da chi non era il legittimo proprietario; ma di ciò non gli si può imputare veruna colpa, dal momento che — come si suppone — ha agito in piena buona fede. Egli è dunque ben meritevole della protezione della legge. All'opposto il vero proprietario ha da rimproverarsi di non aver vegliato alla conservazione dei propri diritti, è colpevole di negligenza, poichè, non ostante la pubblicità data al titolo di acquisto del terzo mediante la trascrizione, ha trascurato per un tempo abbastanza lungo, quant'è un decennio, decorso dalla data della trascrizione stessa, di rivendicare l'immobile che gli apparteneva ed era posseduto da altri. In mezzo a ciò vi è pure l'interesse delle famiglie, e perciò anche l'interesse pubblico, il quale esige che i diritti dei possessori siano convalidati, nè rimangano troppo a lungo nella incertezza. Or queste ragioni, che fecero accogliere la prescrizione acquisitiva decennale, militano eziandio pel caso che la buona fede del possessore sia dipenduta da errore di diritto, anzichè da errore di fatto. Certo, che il possessore, invocando un errore di diritto a fondamento della propria buona fede, avrà l'onere di somministrarne la prova, nè potrà limitarsi ad allegare la massima che *la buona fede è sempre presunta* (art. 702 Cod. civ.); perchè a questa presunzione si contrappone e la distrugge l'altra, che la legge sia conosciuta da tutti. Certo ancora, che la prova da somministrarsi dovrà esser tale da dimostrare pienamente la completa credenza del possessore nella perfetta legittimità dei diritti del proprio autore; perchè ogni dubbio che restasse escluderebbe — secondo il principio che già abbiamo accennato — la buona fede utile per la prescrizione. Certo finalmente, che l'erronea credenza del possessore dovrà essere giustificata da qualche ragione speciale, che non sia la semplice ignoranza della legge; perchè senza di ciò non sarebbe scusabile di non aver

saputo quello che per motivi d'ordine pubblico si presume aver potuto e dovuto esser noto a tutti. Ma se tutte queste condizioni concorrano, se per esempio il possessore, uomo rozzo ed affatto imperito di leggi e di affari, provi di avere acquistato nella piena sicurezza, ispiratagli da persone esperte in diritto, della perfetta validità dei titoli prodotti dal suo autore, come potrà essere respinto, negando di riconoscere in lui quella *buona fede*, che il legislatore nell'articolo 2137 del Codice ha contemplata e protetta sotto il più ampio aspetto, senz'alcuna distinzione tra le cause da cui la buona fede stessa possa derivare? Qual cosa si contrappone, infine, a tutto ciò per la opinione avversa? La regola stabilita nelle leggi romane che " *nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest* „. Questa regola era la rigorosa applicazione del principio — *Juris ignorantia neminem excusat* — ed una derivazione dell'altra regola — *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus* —. Ma rispetto al principio, che niuno possa scusarsi adducendo d'avere ignorata la legge, abbiam dimostrato come esso debba essere seguìto nel diritto nostro allorchè solo si pretenda di evitare con tale allegazione la diretta applicazione della legge medesima, non quando si adduca l'ignoranza di essa col solo fine di approfittare — come nel caso presente — dei benefizi concessi per la *buona fede;* e quanto alla regola, che non sia mai allegabile l'error di diritto allo scopo di acquistare, non troviamo nella legislazione vigente alcuna disposizione che la stabilisca; ed all'opposto nell'articolo 2137 — dove appunto si tratta dell'acquisto della proprietà o di diritti reali immobiliari mediante la prescrizione, o meglio di consolidare con questo mezzo un acquisto fatto in base di giusto titolo, ma soggetto ad evizione — vediamo indicata tra i requisiti necessari a tal uopo la *buona fede*, senza veruna limitazione pel caso ch'essa dipenda da errore di diritto. Pertanto crediamo potersi, sotto le condizioni sopraccennate, allegare l'errore di diritto, non meno che quello di fatto, a

giustificazione della buona fede per gli effetti contemplati nell'articolo 2137 del nostro Codice, quand'anche le conseguenze dei vizi del titolo d'acquisto del proprio autore, che il possessore adduca di avere ignorate, consistano nella inesistenza giuridica del titolo stesso; molto più poi se consistano nella semplice nullità, sia poi assoluta o relativa, di esso.

Riassumendo ora le conclusioni di questo lungo ragionamento, per quanto strettamente riguarda all'allegabilità dell'error di diritto in materia di prescrizione acquisitiva, reputiamo dimostrato:

Che l'error di diritto intorno al titolo d'acquisto proprio del possessore, il quale invoca la prescrizione, non è da lui allegabile quando quel titolo sia assolutamente inesistente in diritto;

Che non è del pari allegabile quando il titolo d'acquisto del possessore sia viziato per una causa di *nullità assoluta;*

Che se la nullità del titolo, mediante il quale il possessore ha acquistato l'immobile, sia soltanto *relativa all'alienante*, non è nemmeno disputabile l'allegabilità dell'errore di diritto in cui sia incorso il possessore reputando valido quel titolo; perchè quando anche ne avesse all'opposto conosciuta la nullità, potrebbe nondimeno opporlo al terzo, vero proprietario, il quale non ha diritto a prevalersi di quella nullità relativa;

Che quando invece l'error di diritto, nel quale il possessore sia incorso, non riguardi il titolo d'acquisto suo proprio, ma i titoli ed i diritti dell'autore di lui, il possessore medesimo può essere ammesso ad invocare quell'errore come giustificativo della propria buona fede, ancorchè il titolo del suo autore manchi di requisiti necessari per la sua stessa esistenza giuridica, tanto più poi se sia soltanto viziato di nullità assoluta e relativa.

85. Alla regola, secondo la quale l'error di diritto può essere addotto al fine di contestare le conseguenze

giuridiche di una convenzione, di un atto o di un fatto, che abbia avuto per causa unica o principale un tale errore, la legge fa espressamente due eccezioni: l'una nell'art. 1360 del Codice civile, dichiarando che la confessione della parte, tanto giudiziale che stragiudiziale " non può ritrattarsi sotto pretesto d'un errore di diritto „; l'altra nell'art. 1772, stabilendo che le transazioni " non possono impugnarsi per causa d'errore di diritto „. Forse, quanto alla prima delle citate disposizioni, potrebb'esservi dubbio ch'essa costituisse una vera eccezione alla regola predetta. La confessione — potrebbe dirsi — non è altro che un mezzo di prova d'una obbligazione stante a carico del confitente, o di un diritto altrui. Ora, una volta che questa prova esiste di fatto — sia pure che abbia dato causa a porla in essere un errore di diritto, senza il quale chi ha emessa la confessione se ne sarebbe astenuto — è impossibile distruggerla con una ritrattazione, la quale è di natura sua inefficace, perchè non può far sì che la dichiarazione del confitente non sia avvenuta, nè che il fatto da lui riconosciuto per vero non lo sia. Non si tratta dunque d'una disposizione eccezionale del diritto positivo, ma d'una regola di ragione naturale.

Nondimeno è da riflettere, che se la confessione è veramente un mezzo di prova, è però caratterizzata essenzialmente dalla libera determinazione della volontà di una delle parti, d'attribuire all'altra il diritto a prevalersi di quella confessione come d'un mezzo di piena prova, ritenendo il fatto che ne forma oggetto per accertato. Non è una qualunque dichiarazione fatta in giudizio, o fatta stragiudizialmente alla parte od a chi la rappresenta, che possa considerarsi come una confessione vera e propria, per gli effetti di prova che la legge le attribuisce; ma è solo quella dichiarazione, per la quale una persona riconosca per vero, e da ritenersi come tale rimpetto a lei, un fatto che sia di tale natura da produrre a suo carico certe conseguenze giuridiche; bisogna che la dichiarazione della parte sia fatta

colla seria intenzione, che colui, a profitto del quale è pronunciata, possa poi invocarla come piena prova dei fatti che ne formano oggetto, ed opponendola al confitente sia dispensato da qualunque prova ulteriore dei fatti medesimi. È dunque da un vero atto di volontà, di consenso, che dipende la virtù probativa della confessione. E posto ciò, non sarebbe forse conseguente il pensare che questo pure, come ogni altro atto di consenso, se fosse stato determinato da un errore di diritto, che si dovesse riconoscere esserne stato la causa unica o principale, ne rimanesse viziato, ed impugnabile per nullità? E quando la legge dispone al contrario non essere ritrattabile per errore di diritto la confessione, non è dunque una eccezione che fa alla regola generale concernente gli atti a cui dà vita giuridica il consenso della parte? Tale infatti è l'aspetto sotto cui questa disposizione di legge è considerata generalmente dagli autori.

Se non che, rimane poi da determinare il motivo giustificante una tale eccezione. Anche in diritto romano era ritenuto valere la confessione della parte, ancorchè fatta per errore, qualora questo vertisse intorno al diritto: " Non fatetur, qui errat, *nisi jus ignoravit* „ (L. 2, ff. *De confessis*). Ma quelle leggi facevano una rigorosa applicazione della massima che *ignorantia juris neminem excusat*. Nel diritto attuale invece è ammesso generalmente che l'errore di diritto possa essere allegato, non meno di quello di fatto, per sottrarsi alle conseguenze d'una convenzione, d'un atto o d'un fatto, di cui quell'errore sia stato la causa unica o principale; nè si può disconoscere come anche nella confessione possa verificarsi che un errore di diritto sia stato la causa unica o principale che abbia determinato l'atto di volontà, col quale il confitente ha consentito a favore del suo avversario a ritenere per accertato, e produttivo rimpetto a sè di tutte le sue conseguenze giuridiche, quel fatto che ha confessato.

Qual è dunque la ragione di questa eccezione, che si è ammessa stabilendo non potersi mai ritrattare una confes-

sione, sia poi giudiziale o stragiudiziale, *sotto pretesto di errore di diritto?* Allorchè una persona, o per avere ignorato un fatto che esisteva, o per averne erroneamente supposto uno che non esisteva, abbia riconosciuto per vero ciò che non era, la prova stessa di un tale errore distrugge direttamente ed assolutamente quella che risultava dalla confessione, ed è perciò che questa può essere rivocata *quando si provi ch'essa fu conseguenza d'un errore di fatto* (art. 1360, § 2° Cod. civ.). All'opposto l'errore di diritto, relativamente alla confessione d'un fatto, non può cadere che sugli effetti legali, sulle conseguenze giuridiche del fatto medesimo. Ora, la prova che si faccia di questo errore incorso dal confitente, non distrugge la verità del fatto confessato; ed il regolare poi le conseguenze giuridiche di esso deve dipendere esclusivamente dalle disposizioni della legge, non dall'averle il confitente conosciute od ignorate (1). A ciò si può aggiungere, che coll'allegarsi dal confitente l'errore in cui cadde relativamente alle conseguenze giuridiche del fatto da lui riconosciuto per vero, egli tende in sostanza ad evitare queste conseguenze; o in altri termini, a sottrarsi all'applicazione diretta delle disposizioni di legge che regolano le conseguenze stesse. Ora abbiamo dimostrato come la massima che " *ignorantia juris neminem excusat* „ sia da osservarsi anche nel diritto attuale qualunque volta l'ignoranza d'una disposizione di legge si adduca allo scopo di sottrarsi alla diretta applicazione di essa. Non può dunque allegarsi l'errore di diritto per evitare, ritrattando la confessione, le conseguenze giuridiche del fatto confessato. Ecco perchè la legge, con una energica espressione, considera in questo caso come un *pretesto* l'allegazione dell'errore di diritto.

Taluno, per esempio, si è riconosciuto debitore d'una determinata somma verso un commerciante, per prezzo di merci che questi gli aveva venduto alcuni anni prima.

---

(1) V. Demolombe, t. XXX, n. 540; Laurent, t. XX, n. 183.

In seguito vorrebbe esimersi dal pagamento del debito invocando la prescrizione annale stabilita dall'art. 2139, § 3° del Codice civile; ed allega d'avere ignorata questa disposizione, e d'avere per ciò solo consentito al riconoscimento, che intende di ritrattare. Questa ritrattazione non può essere ammessa, in forza della massima sancita dall'art. 1360, § 3°. Le brevi prescrizioni stabilite negli articoli 2138 al 2143 sono fondate sulla *presunzione di pagamento;* tantochè la legge ammette " potersi deferire " il giuramento a coloro che le oppongono, *per accertare " se realmente ha avuto luogo l'estinzione del debito* " (articolo 2142 Cod. civile). Certo, che a distruggere la presunzione legale di pagamento, su cui sono fondate codeste brevi prescrizioni, non sarebbero ammessibili per la prova contraria tutti i mezzi ordinari; poichè la legge designa esclusivamente il giuramento. Ma, siccome questo è un mezzo per ottenere dalla parte avversaria una confessione forzata del fatto formante oggetto di controversia, così se vi è già una confessione spontanea, essa deve equivalere alla prestazione del giuramento. A che deferirlo *per accertare se realmente ha avuto luogo la estinzione del debito*, quando la parte stessa ha spontaneamente riconosciuto che questo debito esiste tuttora? Or quando, dopo una tale confessione, la parte viene ad impugnarla, e pretende di farne la ritrattazione, allegando di avere ignorata la disposizione di legge relativa alla breve prescrizione del suo debito, è chiaro che tende con ciò ad evitare la diretta applicazione delle disposizioni di legge concernenti cotesta prescrizione; ed è certo d'altro lato che non può essere ammessa ad addurre per un tale scopo l'errore di diritto.

Sarebbe altrimenti, qualora invece si trattasse della prescrizione ordinaria trentennale, non essendo questa fondata sovra una semplice presunzione di pagamento, ma su motivi d'interesse generale, che rendono opponibile quella prescrizione nonostante la reale esistenza del debito; ond'è che la confessione fatta in proposito dalla parte non può

sotto questo aspetto pregiudicare alla eccezione che le appartiene; nè potrebbe l'atto di riconoscimento del debito aver valore fuorchè come *rinuncia alla prescrizione verificatasi* (art. 2107 Codice civile), rinuncia che neppure è supponibile da parte di chi ignori d'aver diritto ad opporre quella eccezione di prescrizione a cui rinuncierebbe.

La regola dell'art. 1360, § 3° è applicabile sempre quando si tratti veramente della semplice confessione d'un fatto. Ma talvolta avviene che la confessione di un debito contenga implicita la *conferma* di un atto annullabile o rescindibile; e ciò si verifica quando la contestazione abbia per oggetto la validità intrinseca od estrinseca dell'obbligazione. Suppongasi, per esempio, che un erede legittimo si sia riconosciuto obbligato alla prestazione d'un legato, disposto dal suo autore, a profitto di chi n'era stato tutore, prima che fosse approvato il conto definitivo della tutela, od ordinato in una disposizione testamentaria nulla per la forma; e che più tardi adduca di avere errato in diritto, ignorando la disposizione dell'art. 769 Codice civile, che vieta al tutore di trar profitto da quella liberalità del suo amministrato, o credendo valida nella forma quella disposizione testamentaria per ignoranza degli articoli di legge che prescrivevano a pena di nullità forme che non erano state adempite. Si potrà opporgli l'irretrattabilità della fatta confessione di debito, per essere allegato da lui un errore di diritto? No certamente; perchè qui non si tratta di semplice confessione d'un fatto; bensì di un atto, al quale volendosi attribuire valore giuridico, bisognerebbe considerarlo come recante una conferma che sanasse il vizio d'incapacità a ricevere del beneficato, o il vizio di forma nella disposizione testamentaria. Ora, l'art. 1311 del Codice civile prevede bensì il caso di conferma di una disposizione testamentaria da parte dell'erede, ed ammette ch'essa includa la *rinunzia di lui ad opporre i vizi delle forme, o qualunque altra eccezione;* ma parla d'una *conferma*, *ratifica od esecuzione volontaria* della disposizione, e questa

volontarietà suppone indispensabilmente una piena cognizione di causa; come d'altra parte è di principio fondamentale, per ogni atto di conferma, ch'esso non sia valido se chi lo fa non conosca pienamente il vizio, che rende annullabile l'obbligazione confermata, e non abbia la seria intenzione di correggere un tal vizio (art. 1309 Cod. civile). Se dunque l'atto, con cui fu riconosciuta l'obbligazione dipendente dalla disposizione testamentaria, sia stato fatto nella ignoranza del vizio, che rendeva inefficace la disposizione stessa — sia poi quella ignoranza di fatto o di diritto — non è possibile quella conferma che sarebbe necessaria per sanare il vizio predetto. La disposizione dell'art. 1360 paragrafo ultimo non ha nulla che fare con questo caso, in cui non può trattarsi al certo della semplice confessione d'un fatto; chè se tale soltanto fosse, lascierebbe pur sempre le cose nello stato in cui sono, d'una disposizione testamentaria esistente bensì, ma nulla, o per incapacità a ricevere da parte del beneficato, o per vizio di forma, mentre è indispensabile una conferma per sanare codeste nullità.

Veramente era stata insegnata una massima contraria da un illustre giureconsulto, il quale diceva che " chi pre-" tendesse di ritrattare la propria confessione, allegando " di avere ignorato che il testamento (da cui dipendesse " l'obbligazione del legato da lui confessato) fosse nullo, " o per incapacità del testatore o del legatario, o per vizio " di forma, non dovrebb'essere ascoltato; perchè è possi-" bile che il riconoscimento o la confessione abbia avuto " per causa l'intenzione d'onorare la memoria del de-" funto eseguendone la volontà, sebbene manifestata in " un atto nullo; e non essendo dunque provato che la con-" fessione sia il frutto d'un errore di diritto, devesi os-" servare la massima che *in dubio, error nocet erranti* " (1). Ma lo stesso annotatore di questo autore dissentiva dalla riferita opinione di lui, osservando che: " la confessione

(1) V. Toullier, t. VI, n. 310.

" di cui si tratta *equivale ad una ratifica.* Ora, la ratifica,
" sia poi espressa o tacita, di un atto qualunque, non
" sana i vizi di cui esso sia infetto, se non quando
" sia stata fatta colla conoscenza di questi vizi, e colla
" intenzione di ripararvi..... La regola che la confessione
" non può essere ritrattata sotto pretesto di un errore di
" diritto, non è dunque applicabile a questo caso „ (1).

In questo senso sono oramai concordi le opinioni degli scrittori più recenti, i quali non dubitano di affermare, che la regola, secondo la quale la confessione *non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto* " è estranea al caso in
" cui si tratti veramente della conferma di un atto annul-
" labile o rescindibile; ed una tale conferma può essere
" impugnata per errore di diritto, non meno che per er-
" rore di fatto „ (2).

86. La seconda delle eccezioni, che accennammo essere espresse dalla legge a limitazione della regola, giusta cui l'error di diritto può addursi allo scopo di contestare le conseguenze giuridiche d'una convenzione, che abbia avuto per causa unica o principale un tale errore, riguarda le *transazioni;* rispetto alle quali è infatti stabilita nell'art. 1772 del Codice civile l'esplicita proibizione, ch'esse non possono mai essere impugnate per causa d'errore di diritto. Qual è il motivo di codesta eccezione alla regola generale proclamata nell'art. 1109 dello stesso Codice?

Un illustre autore reputa non trovarsene alcuna, che giustifichi abbastanza quella eccezione. Egli passa in rassegna i motivi addotti nella discussione del Codice francese: la massima che l'ignoranza della legge non iscusa, massima non applicabile nel diritto odierno, secondo il quale l'error di diritto vizia il consenso altrettanto come l'errore

---

(1) V. Duvergier, n[a] al luogo sopra citato del Toullier.
(2) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 751, n. 4, n[a] 21; Demolombe, t. XXX, n. 542; Laurent, t. XX, n. 184, e gli altri autori ivi citati.

di fatto: l'antitesi fra le sentenze e le transazioni, antitesi che non conchiude a nulla, perchè è nella natura particolare delle transazioni, non già nel loro confronto coi giudicati, che bisognerebbe trovar la ragione onde si neghi per le transazioni quell'allegabilità dell'error di diritto, che è ammessa generalmente contro le convenzioni. Prende quindi a considerare l'osservazione fatta da qualche autore, che cioè le parti transigendo sovra questioni di diritto prendono generalmente consiglio da persone esperte di leggi, e non debbono lagnarsi che di sè stesse, se per non avere ricorso alle persone competenti, o per la fiducia mal riposta nei consiglieri che hanno scelti, sono cadute in errori di diritto; ma neppure questa spiegazione trova soddisfacente. Finisce col dire che " allo scopo di poter impugnare una " transazione per errore di diritto, bisogna che di questo " errore sia somministrata la prova, la quale incombe a " chi impugna la convenzione per nullità: che se egli non " riesce a somministrare una tal prova, la transazione sarà " mantenuta, ma se veramente egli ha consentito per errore, perchè gli si vieta d'invocare l'error di diritto, " mentre si ammette quello di fatto? Bisogna convenirne, " la disposizione, com'è spiegata dagli autori stessi della " legge, non riposa che sopra un equivoco „ (1).

Non ostante questa critica tanto autorevole, ci sembra nondimeno che la massima, ammessa anche dal nostro Codice nell'ultimo paragrafo dell'art. 1772, che esclude l'allegabilità dell'error di diritto per impugnare le transazioni, possa giustificarsi. Ha detto ottimamente l'egregio autore che abbiamo citato, *doversi cercare nella natura particolare di questo contratto la ragione* di approvare o disapprovare la massima predetta. Ora, non è solo connaturale, ma *essenziale* per l'esistenza stessa d'una transazione, che i diritti formanti oggetto di essa siano attualmente in controversia giudiziale, od almeno suscettibili d'una seria conte-

(1) V. Laurent, t. XXVIII, n. 405.

stazione fra le parti; di modo che " una transazione, che " si facesse sopra diritti, che non avessero assolutamente " nulla di dubbio, o sovra pretensioni evidentemente desti- " tuite d'ogni fondamento, dovrebb'essere considerata come " mancante d'oggetto, o come priva di causa, e per conse- " guenza *come non avvenuta* „ (1).

Altri veramente ha insegnato, che se i diritti sui quali si transige debbono essere contestati o contestabili, per decidere però se la vertenza che divide le parti sia da considerarsi come dubbia, bisogni riferirsi intieramente all'opinione delle parti stesse, riguardando l'incertezza, che presenti la questione, come unicamente relativa a loro; di guisa che " *quand'anche i dubbi delle parti non avessero alcun fonda-* " *mento*, basti la presenza di codesti dubbi perchè la tran- " sazione abbia una causa, stantechè il motivo giuridico, " che le serve di causa, consiste nella possibilità d'una lite; " possibilità che si verifica per ciò stesso che le parti du- " bitano „ (2).

Ma questa teoria ci sembra peccante di esagerazione. È giusto ciò che osservano altri autori, cioè doversi procedere dai giudici con molta cautela nel dichiarare inesistente giuridicamente una transazione pel motivo che il diritto formante oggetto di esso non sia suscettibile di contestazione; bastare il *timore ragionevole* di una lite, che possa sorgere, o qualsiasi anche menomo dubbio intorno all'esito di una lite già cominciata; bastare pure che il dubbio intorno al diritto su cui si transige si verifichi anche solo sotto il semplice aspetto dell'equità; perchè allora la risoluzione di tali dubbi presenta pure una causa giuridica sufficiente per transigere. Ma il sostenere l'esistenza giuridica d'una transazione fatta sovra diritti che non presentino assolutamente nulla di dubbio, sovra pretensioni evi-

---

(1) V. Duranton, t. XVIII, n. 395-398; Troplong, *Des transactions*, n. 5 e seg.; Zachariæ, t. II, § 418, n. 2; Aubry e Rau, t. IV, § 418 (*b*); Pont, *Commentaire — Traité des petits contrats*, t. II, n. 470, 471, 569-571.

(2) V. Laurent, t. XXVIII, n. 324, 325.

dentemente destituite di qualunque specie di fondamento, ci sembra che sia quanto sostituire alla realtà della causa, che deve dar fondamento al contratto, la semplice opinione che tale causa esista.

Partendo dunque da questo dato, che qualche incertezza debba esservi intorno alle ragioni rispettive delle parti, sia poi sotto lo stretto punto di vista della legalità, sia sotto quello almeno dell'equità, per costituire la causa giuridica della transazione, e che in mancanza di ciò essa debba reputarsi, anzichè semplicemente impugnabile per nullità, come assolutamente inesistente in diritto; crediamo però che riesca non difficilmente giustificabile la massima, che tali contratti non siano mai impugnabili per causa d'errore di diritto. Invero, supposta la realtà dell'incertezza circa le ragioni rispettive delle parti nella lite a cui si pone fine, o che si previene mediante la transazione — incertezza, e dubbio che bisogna naturalmente apprezzare in relazione al tempo nel quale il contratto si forma — le parti medesime proporzionano al maggiore o minor fondamento, che reputano avere in diritto il proprio assunto, i sagrifici che reciprocamente fanno, dando, promettendo, o ritenendo ciascuna qualche cosa (art. 1764 Cod. civ.). Ora, se si ammettesse che dopo convenuta la transazione, una delle parti potesse impugnarla per errore di diritto — appoggiandosi, per esempio, ad una giurisprudenza che fosse venuta a stabilirsi posteriormente, od anche ad una interpretazione autentica che fosse stata data alla disposizione di legge intorno a cui sorgeva il dubbio — par chiaro che si sovvertirebbe il carattere stesso della transazione, consistente nel determinare definitivamente i rapporti controversi fra le parti, troncando o prevenendo le incertezze di una lite. Lasciare aperta la via a poter impugnare questo contratto allegando errori di diritto, sarebbe quanto rimettere in forse quei diritti che si vollero definire, e riuscirebbe a ripiombare le parti in mezzo alle difficoltà, alle molestie ed alle spese di quelle contese giudiziali, che la transazione

ebbe per iscopo di sopprimere o di evitare. E d'altro lato, con quali criteri potrebbesi determinare, dopo forse molto tempo dacchè la transazione era stata conchiusa, che una delle parti avesse fatte all'altra concessioni soverchie o troppo scarse, in ragione dei pericoli che poteva correre nella lite, pericoli che a lei sola spettava di apprezzare, proporzionandovi i sagrifizi ch'era disposta a sostenere?

Ci sembra dunque che l'eccezione fatta per le transazioni nell'art. 1772 dal nostro Codice, come in quelli che lo avevano preceduto, alla regola generale stabilita nell'articolo 1109 del Codice stesso, non meriti le censure che riferimmo sopra.

87. Le teorie, che abbiamo svolte finora relativamente all'error di diritto, debbono essere seguite anche quando quest'errore sia *comune?* Era, per esempio, ritenuto generalmente, e raffermato da costante giurisprudenza dei tribunali, che circa un dato rapporto giuridico fosse da osservarsi una regola, che più tardi fu riconosciuta fondata sopra una falsa interpretazione della legge, o sopra un'erronea applicazione dei principii generali di diritto. Chi ha operato in conseguenza di quell'errore, sarà ammesso ad allegarlo pel fine di esimersi dalle conseguenze dell'inadempimento dei veri precetti legislativi, dei veri principii giuridici, o di contestare gli effetti d'una convenzione, d'un atto o d'un fatto, di cui quell'errore sia stato la causa unica o principale, o per potere invocare in proprio favore la buona fede, cogli effetti che la legge le attribuisce?

È ben chiaro come la questione ora proposta sia completamente distinta da quella che risolvevano le leggi romane circa l'*error comune*. La celebre legge *Barbarius Philippus* (3, ff. *De officio praetorum*) poneva il caso di uno schiavo nominato pretore, quando n'era ignorata la condizione, e si domandava se fossero da reputarsi nulli o validi i giudizi pronunciati da lui, i decreti che avesse emanati. Ulpiano rispondeva: " puto nihil eorum reprobari. Hoc

“ enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus
“ servo decernere hanc potestatem; sed et si sciret servum
“ esse, liberum effecisset. Quod jus multo magis in impe-
“ ratore observandum est „.

E nelle *Istituzioni* (lib. II, tit. X, *De testamentis ordinandis*, § 7) si supponeva che al momento della confezione d'un testamento uno dei testimoni fosse stato ritenuto libero e cittadino romano, mentre in realtà fosse uno schiavo, e nondimeno si decideva per la validità del testamento: “ ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat factum esset;
“ *nam eo tempore quo testamentum signaretur, omnium con-*
“ *sensu hic testis liberi loco fuerit; neque quisquam esset, qui*
“ *status ei quaestionem moveret* „.

Se non che codesti erano casi di *errore di fatto;* nè per la specialità dell'argomento, di cui ci occupiamo attualmente, potremmo entrare in disquisizioni circa l'accettabilità o non di tali teorie, secondo il diritto nostro vigente, e circa le condizioni che dovrebbero, in caso, richiedersi affinchè l'*errore comune* fosse allegabile. Siamo ora, e dobbiamo rimanere nello stretto campo dell'*errore di diritto;* ma per completare la trattazione di questo argomento, non possiamo dispensarci da qualche esame del quesito proposto; se cioè all'errore di diritto, che sia *comune*, possano applicarsi esattamente ed in tutto gli stessi principii, che dimostrammo, o ci è parso, doversi osservare per l'errore di diritto incorso individualmente da colui solo, che poi vorrebbe giovarsene. E intorno a ciò, crediamo non inopportuno tener distinti i casi in cui, secondo le già fatte dimostrazioni, sarebbe o non sarebbe allegabile l'errore individuale di diritto, e quelli pei quali con disposizioni espresse ed eccezionali di legge una tale allegabilità venne esclusa.

Allorchè sia lecito a chi incorse individualmente in un errore di diritto l'invocarlo per determinati effetti giuridici, crediamo che non vi sia necessità di molte parole per dimostrare che altrettanto debba ammettersi in favore di

chi provi d'avere partecipato ad un *errore comune.* Questa circostanza non affievolisce per certo, ma corrobora le ragioni di protezione, che può invocare chi ha agito sotto l'influenza determinante d'un errore di diritto.

Se taluno siasi deciso a consentire in una convenzione, a compiere un atto od un fatto, in conseguenza dell'ignoranza in cui era d'una data regola giuridica, e tale ignoranza, costituente la causa unica o principale che ha determinata la sua volontà, non sia stata solo particolare a lui, ma comune alla generalità di coloro che avessero potuto trovarsi nell'occasione di dovere osservare quella medesima regola, è questo manifestamente un motivo di più per ammettere che costui possa allegare l'errore al fine di far annullare il contratto, di esimersi dalle conseguenze legali dell'atto o del fatto, che dovrebb'essere, e non è, l'espressione vera della volontà sua. Le stesse considerazioni si estendono parimente a colui, che invocando la propria buona fede, allo scopo di approfittare dei benefizi per essa concessi dalla legge, chiede di provare d'essere incorso in un errore, ch'era comune generalmente a tutti.

Qualche maggiore difficoltà può esservi nei casi opposti, nei quali l'errore individuale di diritto non sia allegabile, perchè si tratti della *diretta applicazione della legge,* di cui con tale allegazione si tenda ad evitare gli effetti, o le conseguenze della inosservanza di essa.

Veramente, come principio generale, non parrebbe contestabile l'applicabilità della medesima regola anche all'*errore comune.* Una legge divenuta obbligatoria, in seguito alla sua pubblicazione ed al trascorrimento del termine prefisso, regola per virtù propria i rapporti giuridici sorti sotto il suo impero, per tutti i casi compresi nelle sue disposizioni. Che importa, se intorno al senso ed alla estensione di quella legge abbia concepita una falsa opinione la sola persona alla quale quei rapporti giuridici riguardavano, o la stessa falsa opinione sia stata divisa da molti altri, od anche generalmente da tutti? Che importa, se

quella legge sia stata erroneamente interpretata ed applicata per una serie anche lunga e sempre conforme di giudicati? Non è dalla opinione degli interessati, nè da quella dei magistrati giudicanti, ma dal potere del legislatore, che la legge trae la sua virtù imperativa; e tutti i casi in essa compresi, e cadenti pel tempo sotto il suo impero, debbono esclusivamente da essa venire regolati. Se si ammettesse che l'essere stata lungamente e costantemente intesa ed applicata una legge in modo erroneo impedisse di applicarla nel vero suo senso ai casi che si fossero verificati durante una tale giurisprudenza fallace, ciò equivarrebbe a render questa immutabile, finchè non sorgesse una legge nuova; poichè i casi, che si sottopongono alla decisione dei tribunali, debbono necessariamente essersi verificati in tempo anteriore, nè ai giudici è lecito di pronunciarsi in modo generale circa la interpretazione d'una legge pei casi futuri. Può fare qualche impressione l'osservare che per tal modo avverrà trovarsi taluni inaspettatamente colpiti da grave danno, per un mutamento che si verifichi nel modo d'interpretare ed applicare una legge, e specialmente trovarsi essi costretti a subire le conseguenze dell'inosservanza di regole, alle quali, in forza dell'errore comune, ignoravano di dover conformare le loro azioni. E questa considerazione potrebbe influire in materia penale, dovendosi tener conto della colpabilità dell'imputato, e questa potendo essere modificata, o secondo i casi, mancare anche del tutto, in conseguenza del modo in cui al tempo del fatto era interpretata ed applicata generalmente la legge che sarebbe stata violata. Ma quanto ai rapporti di diritto civile, l'applicazione genuina delle leggi che li regolano, intese nel vero loro senso, se talvolta, in confronto d'un modo diverso in cui erano prima generalmente interpretate ed applicate quelle leggi, pregiudicherà forse alcuni interessi, non potrà però mai concepirsi come lesiva di diritti, mentre anzi è la più giusta attuazione di essi. Coloro, infatti, ai quali giovino certe

disposizioni della legge rettamente interpretata, hanno diritto a che pei fatti verificatisi sotto l'impero della legge stessa quelle disposizioni siano applicate nel vero loro senso a tutti i rapporti giuridici conseguenti, senza riguardo agl'interessi che altri possano avere in contrario.

Tutto questo però, che abbiam detto, riguarda l'applicazione diretta di *leggi dispositive;* ma non si estende alle altre, che diconsi *dichiarative* (1). Queste hanno per oggetto di supplire alla mancante dichiarazione della volontà delle parti nel regolare i rapporti di diritti e di obbligazioni derivabili da contratti od altri atti giuridici, nei quali quei rapporti non siano stati contemplati dalle parti medesime con espresse pattuizioni o disposizioni; e tali leggi dichiarative stanno quindi a rappresentare la presunta volontà dei contraenti o disponenti. Ora, come non può dubitarsi che sulla presumibile volontà delle parti debba avere influito l'*error comune*, pel quale il senso della legge, che regolava i rapporti giuridici derivanti dai loro contratti od atti, era ritenuto diversamente dal vero; così par chiaro che codesto error comune sia da reputarsi allegabile, per ciò che riguarda la interpretazione del contratto o dell'atto, e la determinazione dei relativi effetti giuridici dipendenti da leggi dichiarative.

Resta di occuparsi dei casi, nei quali per eccezione la legge esclude l'allegazione dell'errore di diritto, sebbene si tratti d'impugnare un contratto od un atto, di cui quell'errore sia stato la causa determinante. È vietato di ritrattare sotto pretesto di error di diritto una confessione, sia poi giudiziale o stragiudiziale (art. 1360, § 3° Cod. civ.); è vietato d'impugnare per causa di errore di diritto una transazione (art. 1772, § 2° Cod. civ.). Debbono ritenersi applicabili queste disposizioni quando anche l'error di diritto non sia stato esclusivamente personale all'allegante, ma sia stato un *error comune?* Crediamo che ad amendue i

(1) V. sopra, n. 10, p. 36, 37.

quesiti sia da rispondersi affermativamente. Una delle parti contendenti ha confessata la verità di un fatto, da cui, secondo un error comune allora invalso, non sarebbero derivate che certe conseguenze giuridiche, mentre pel vero senso della legge debbono derivarne delle più gravi; in vista delle quali il confitente vorrebbe pertanto ritrattare la propria dichiarazione. Ma che importa l'essere stato comune, anzichè personale al solo confitente, l'errore che lo determinò a riconoscere la verità di quel fatto? Non è men vero però che tale errore cadendo unicamente sugli effetti legali, sulle conseguenze giuridiche del fatto confessato, non distrugge la verità riconosciuta di esso; che il regolare quelle conseguenze giuridiche dipende esclusivamente dalle disposizioni della legge, non dall'averle il confitente conosciute od ignorate, sia poi per errore individuale o comune; che infine coll'allegare l'errore egli non ha in sostanza altro scopo che di sottrarsi alla diretta applicazione della legge, al quale intento non è mai lecito ad alcuno di addurre l'ignoranza della legge stessa.

Ci sembra parimente che nelle ragioni, per le quali fu proibito d'impugnare per causa di errore di diritto le transazioni, non vi sia differenza tra il caso che quell'errore sia solo personale alla parte, e l'altro che sia quello invece un *errore comune*. Anche in quest'ultima ipotesi non è men vero, che dovendosi supporre necessariamente l'esistenza di qualche dubbio intorno alle ragioni rispettive delle parti — perchè senza di ciò mancherebbe una condizione essenziale per dar vita giuridica alla transazione — non sarebbe poi ammissibile che una di esse venisse ad impugnare per causa di un tale errore quel contratto, che fu stabilito per togliersi dalle incertezze che presentava la lite al tempo in cui fu troncata con questo mezzo; incertezze, la cui maggiore o minore gravità è stata da ciascuna delle parti apprezzata irretrattabilmente nel proprio interesse, determinando ciò che intendeva dare, promettere o ritenere per porre fine alla contestazione

giudiziale o prevenirla (1). In Francia fu pronunciato dalla Corte di cassazione nel 24 marzo 1807 un arresto, pel quale fu ritenuto impugnabile, per causa di un error generale di diritto, una transazione. Ma nella specie del caso concorreva una circostanza particolare a motivare una tale decisione, la quale perciò non definiva in massima l'ammissibilità dell'error comune in ordine al diritto, come causa per poter impugnare le transazioni. Infatti il Merlin, sulle cui conclusioni conformi fu pronunciata quella decisione, ne riferì poi il senso colle seguenti parole:

" Se l'error di diritto sia stato così generale, che il " legislatore siasi creduto in necessità, non solo di farlo " cessare con una dichiarazione della propria volontà, *ma " eziandio di rilevar coloro che vi siano incorsi, da tutti gli " effetti delle acquiescenze, alle quali in causa di quell'errore " si siano indotti*, la transazione, che sia stata concordata " in conseguenza di tale errore, sarà incontestabilmente " nulla (2) „.

Trattavasi di transazione conchiusa in seguito alla pronunzia d'una di quelle *sentenze arbitrali*, che sotto la repubblica, per un errore generalmente invalso, erano riguardate come assolutamente inattaccabili. Correggendosi con una disposizione legislativa codesto errore, si volle nel medesimo tempo riparare ai dannosi effetti che n'erano seguiti; ed a tale scopo si dichiararono *inefficaci le acquiescenze che in causa di quell'errore fossero state fatte*. Posto ciò, era bensì logico che dichiarate nulle le acquiescenze fatte a quelle sentenze arbitrali, dovessero per pari ragione, secondo la intenzione del legislatore, essere impugnabili le transazioni, che in conseguenza del medesimo errore fossero state conchiuse; ma per ciò stesso, non era dunque il solo error di diritto, sebbene generale, che la Cassazione

(1) V. sopra, n. 86, pag. 394, ss.
(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § V, n. 11; Troplong, *Des transactions*, n. 136; Pont, *Comm. Tr. des petits contrats*, n. 684.

francese avesse inteso di ritenere sufficiente a rendere impugnabile la transazione, se non vi fosse stata quella particolare disposizione di legge.

88. L'onere della prova in materia di errore di diritto incombe naturalmente a quella tra le parti contendenti, che per qualunque fine lo alleghi. O lo adduca a fondamento di un'azione — come quando promuova un giudizio per far dichiarare la nullità di un contratto o di un atto, del quale l'errore di diritto sia stata la causa unica o principale —; o l'opponga quale mezzo di eccezione — come quando se ne valga per approfittare dei benefizi concessi dalla legge a chi sia in buona fede, per non esser tenuto alla restituzione dei frutti percetti sopra un fondo rivendicato, anteriormente alla domanda giudiziale, o per far riconoscere compita in proprio favore la prescrizione acquisitiva della proprietà d'un immobile col solo decorso di dieci anni — la regola relativa all'onere della prova non può essere diversa. Il convenuto stesso si rende attore rispetto alla eccezione da lui opposta “ *Reus excipiendo fit actor* „; e l'attore è sempre tenuto a provare i fatti, la cui esistenza è supposta dall'azione ch'egli promuove “ *Actori incumbit onus probandi* „. Attrice o convenuta, la parte che colle sue affermazioni tende a creare al proprio avversario una condizione deteriore, non può pretendere che tali affermazioni siano tenute per vere, e i giudici pronuncino in conformità delle sue istanze, peggiorando la condizione dell'altra parte contendente, se non somministri i mezzi per accertare la verità delle affermazioni stesse. D'altro lato, sarebbe anche inconcepibile, che invece di doversi da chi allega l'errore di diritto dimostrare l'esistenza di tale errore, spettasse all'avversario il provare che quegli avesse conosciute le disposizioni della legge. Ogni legge regolarmente pubblicata, e dopo trascorso dal dì della pubblicazione il termine prefisso, si presume nota a tutti coloro che debbono osservarla; e questa presunzione legale basta a dispensare da qualunque altra prova

la parte, che contrastando a chi afferma l'errore di diritto, si limita ad opporre ch'egli ha potuto e dovuto conoscere la legge; perchè appunto è carattere essenziale delle presunzioni legali di dispensare da qualunque prova coloro, a cui favore esse hanno luogo (art. 1352 Cod. civ.). Quest'ultima riflessione giova a risolvere l'unica difficoltà, che potrebbe per un istante presentarsi alla mente, relativamente alla massima enunciata in principio di questo numero. Nessun dubbio è possibile finchè si tratti di error di diritto allegato per far dichiarare la nullità, o contestare le conseguenze giuridiche di un contratto o di un atto, in cui si affermi che il consenso sia stato viziato da un tale errore. Ma quando invece l'errore di diritto si adduce come causa di *buona fede*, al fine d'invocare i benefizi, che dipendentemente da questa sono attribuiti dalla legge, non è forse da applicarsi la massima che " la buona fede è sempre presunta, e chi allega " la mala fede deve darne la prova „? (art. 702 Cod. civ.). Tale infatti è la regola dettata dalla ragione, e scritta nel testo; regola che deve essere applicata in tutta la sua estensione qualora si tratti di buona fede derivante da ignoranza od errore di fatto. Se non che, quando la buona fede debba dipendere dall'ignoranza d'una disposizione legislativa, da errore di diritto, vi è un'altra regola ugualmente consacrata sì dalla ragione, che dal diritto positivo; quella, cioè, che pubblicata una legge, e trascorso il termine prefisso affinchè divenga obbligatoria, essa si presume nota generalmente.

Contro la presunzione di buona fede sorge dunque a distruggerla in questo caso una presunzione legale opposta; e chi sostiene, a fondamento della propria azione od eccezione, di avere ignorata la disposizione della legge, sebbene regolarmente pubblicata e divenuta generalmente obbligatoria, trovasi perciò nella necessità di dover combattere con prove contrarie quest'ultima presunzione. Suppongasi, per esempio, che il possessore d'un immobile acquistato per giusto titolo, ma rivendicato da un terzo che se ne pretende vero proprietario, opponga a costui la prescrizione

acquisitiva ammessa dall'art. 2137 Cod. civ. La *buona fede* richiesta, oltre al giusto titolo, da questa disposizione, indubbiamente *è sempre presunta*, secondo la massima stabilita nell'articolo 702. E perciò il possessore, che oppone la prescrizione, non avrà certamente bisogno di provare che ha creduto incolpevolmente d'avere acquistato quell'immobile dal vero proprietario; d'aver creduto, cioè, che al suo autore appartenesse per un titolo inattaccabile la proprietà del bene che gli trasmetteva; incomberà invece al rivendicante di combattere la presunzione di buona fede del possessore. Ma, se il rivendicante proverà che il possessore abbia esaminato il titolo del suo autore, il qual titolo si trovi infetto di un vizio di nullità apparente dalla semplice ispezione di esso, si dovrà presumere che il possessore abbia conosciuta codesta nullità, perchè si presume che a tutti sia nota la disposizione della legge; ed incomberà quindi a lui, che per sostenere la propria buona fede invoca l'errore di diritto, di provare l'esistenza di tale errore (1).

Dovendosi da chi alleghi l'error di diritto combattere la presunzione legale, che la legge regolarmente pubblicata e divenuta obbligatoria sia conosciuta da tutti coloro che debbono osservarla; la prova ch'egli ha l'obbligo di somministrare, della esistenza vera del proprio errore, deve dunque essere perfetta; tale cioè da accertare la credenza piena ed intera, in cui egli siasi trovato, che il rapporto giuridico controverso fosse regolato dalla legge in modo diverso da quello che è. Qualunque dubbio risultasse intorno a ciò, sarebbe da risolversi in danno di chi adduce l'error di diritto; perchè rimanendo incerto se l'allegante fosse stato, o no, in errore, dovrebbe prevalere la presunzione generale, stabilita per motivi d'ordine pubblico, che ognuno conosca le leggi a cui deve conformare le proprie azioni; presunzione, che non si troverebbe in tal caso distrutta dalla prova offerta in contrario, e riuscita imperfetta. E se anche con una

(1) V. Aubry e Rau, t. II, § 218, nº 30.

prova piena fossero stabiliti bensì certi fatti, dai quali però non risultasse essersi avuto da chi adduce l'errore di diritto un'intiera credenza che il rapporto giuridico formante oggetto di contestazione fosse da regolarsi diversamente da ciò che è stabilito dalla legge, ma ne risultasse soltanto aver egli agito nell'incertezza delle norme, a cui quel rapporto dovesse essere sottoposto, ancora non potrebb'egli addurre d'avere errato in diritto. Erra chi ha concepito e tiene per vera e certa una falsa opinione intorno alle regole applicabili ad un rapporto giuridico; non chi dubitando non ha intorno a ciò nessuna opinione determinata. Nè invero codesta incertezza potrebbe giustificare quella impugnazione di atti, o meritare quella protezione della legge, a cui può dar luogo talvolta un errore dimostrato. Chi domandando, per esempio, la dichiarazione di nullità d'un contratto per allegato errore di diritto, riuscisse solo a provare di avervi consentito non ostante il dubbio, in cui era circa le conseguenze che deriverebbero per lui da tale contratto, mal sosterrebbe esser viziato il suo consenso; poichè lo avrebbe prestato incontrando scientemente e liberamente quella, che per lui era un'eventualità, dipendente dall'incertezza in cui si trovava; nè certo potrebbe affermare che *un errore di diritto fosse stata la causa unica o principale del suo consentimento*, com'è supposto nell'articolo 1109 del Codice civile. E chi deducesse l'errore di diritto invocando la buona fede, per gli effetti o di fare propri i frutti delle cose possedute, o di farne valere la prescrizione acquisitiva decennale, non otterrebbe il suo intento se riuscisse solo a provare di avere dubitato intorno ai vizi del proprio titolo; perchè non è buona fede il dubitare, ma il credere; nè colui che possiede colla incertezza del proprio diritto merita la stessa protezione di chi reputa fermamente che il suo possesso sia fondato sopra un titolo inattaccabile.

Per simili ragioni nella giurisprudenza francese non mancarono decisioni della Corte di cassazione, nelle quali fu ritenuto che l'error di diritto non potesse ammettersi come

causa di rescissione in quei casi, rispetto a cui essendovi una grande divisione di opinioni tra i giureconsulti, una controversia variamente risoluta dai tribunali, le parti avessero nei loro contratti od atti adottato liberamente e di buona fede uno dei diversi sistemi dibattuti.

Un'altra osservazione ci sembra da farsi intorno a questo argomento; che cioè neppure possa bastare la semplice prova che chi adduce l'error di diritto abbia veramente ignorata una data disposizione di legge, ma sia necessario giustificare in qualche modo codesto errore. E veramente, l'ignorare un precetto emanato dal legislatore, nonostante che sia stato pubblicato nei modi stabiliti, e sia trascorso dopo la pubblicazione il termine prefisso, acciocchè tutti possano prenderne notizia, è generalmente da ascriversi a colpa. Or nessuno può essere ammesso ad invocare la propria colpa e giovarsene.

È dunque indispensabile dimostrare l'esistenza di circostanze, il cui concorso spieghi e giustifichi l'ignoranza, nella quale taluno siasi trovato, d'una disposizione della legge; bene inteso, del resto, che è rimesso al prudente criterio dei giudici del merito l'apprezzare insindacabilmente tali circostanze di fatto, e decidere se siano sufficienti a scolpare colui che è incorso nell'errore.

89. Abbiamo accennato prima d'ora ad una questione non scevra di difficoltà, e la cui risoluzione potrebbe avere in pratica conseguenze importanti nei casi, sebbene per avventura non frequenti, in cui tale questione venisse a presentarsi. Essa consisterebbe nel determinare se la ignoranza d'una legge sia allegabile allorchè derivi da cause straordinarie, generali, di forza maggiore, per le quali siasi resa impossibile in una determinata parte del territorio dello Stato la conoscenza della legge stessa, benchè legalmente pubblicata nel modo stabilito dall'art. 1° delle disposizioni premesse al Codice civile (1).

(1) V. sopra, n. 64, p. 267.

Quelli tra gli autori francesi, che previdero una tale difficoltà, la risolvettero per l'allegabilità della ignoranza della legge in questa ipotesi (1). " La legge — diceva uno di essi — " non sarebbe obbligatoria, neppur dopo un termine assai " più lungo di quello prefisso, se un impedimento di forza " maggiore — per esempio, la pestilenza, od una inonda- " zione — avesse interrotta ogni comunicazione con Parigi. " Il legislatore, infatti, dispose pei casi ordinari, ma non " ebbe, nè poteva avere l'intenzione di stabilire che la legge " dovesse reputarsi conosciuta non ostante l'assoluta im- " possibilità che lo fosse. Perciò il secondo alinea del primo " articolo del Codice dichiara doversi osservare le leggi *dal " momento in cui può esserne conosciuta la promulgazione;* e " nella seduta del Consiglio di Stato del 24 brumaio anno X, " essendo stato proposto dal primo console di formulare " una disposizione speciale riguardante gli impedimenti di " forza maggiore, il ministro della giustizia ed i signori " Tronchet e Berlier gli fecero osservare l'inutilità di qua- " lunque eccezione, perchè l'articolo primo risolveva testual- " mente la difficoltà ".

Noi veramente non abbiamo nel testo dell'articolo 1° delle disposizioni premesse al nostro Codice civile una dichiarazione espressa, simile a quella ch'era contenuta nell'art. 1° del Codice francese; la dichiarazione, cioè, che le leggi " sono osservate in qualunque parte del regno *dal " momento in cui può esserne conosciuta la promulgazione* ". I termini del testo sono per noi più assoluti: " Le leggi " promulgate dal re *divengono obbligatorie in tutto il regno " nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblica- " zione.....* ". Nondimeno ci è sembrato, e ci sembra, che la possibilità della conoscenza della legge, affinchè questa divenga obbligatoria in ciascuna parte del regno, sia una condizione razionalmente imprescindibile, epperò da osser-

---

(1) V. Zachariæ, § 26, nª 7; Marcadé, art. 1, § III, t. 1, n. 32; Aubry e Rau, t. I, § 26, nª 6; Demolombe, t. I, n. 28.

varsi, benchè non espressa (1). Se per cause generali, straordinarie, di forza maggiore, siasi resa veramente impossibile la diffusione della notizia della legge in qualche parte del territorio dello Stato, la presunzione risultante della disposizione dell'art. 1°, qualora si ritenesse applicabile anche alle persone che si trovassero in quel luogo, diverrebbe un'assurda contraddizione all'evidenza del fatto. Una presunzione contraria alla possibilità naturale delle cose, non è concepibile; nè si può attribuire al legislatore l'intenzione di stabilirla. Se non fu espressamente contemplato il caso d'una simile impossibilità, è perchè rarissimamente potrà verificarsi, e la legge si occupa in generale di ciò che più frequentemente accade.

Del resto, il disapplicare, quanto a questa speciale ipotesi, la presunzione generale di notorietà delle leggi, può accordarsi perfettamente col concetto fondamentale del legislatore nella disposizione dell'articolo 1°. Egli sostituì alla conoscenza individuale della legge, da parte di ciascuno di coloro che debbono osservarla, questa presunzione generale di notorietà, al fine d'impedire che alcuno potesse sottrarsi all'applicazione d'una disposizione legislativa, ed alle conseguenze di averla trasgredita, allegando, e provando all'uopo, di averla personalmente ignorata, ciò che contraddirebbe ai caratteri essenziali della obbligatorietà delle leggi, che dev'essere assoluta ed uniforme per tutti. Ma qui non si tratta di ciò; chi allega in questo caso l'ignoranza della legge, non invoca un error personale proprio, ma un errore comune, in cui erano e dovevano essere necessariamente, invincibilmente, tutti coloro che si trovavano come lui in quella data parte del territorio dello Stato; egli non pretende di giovarsi d'una ignoranza individualmente ed esclusivamente sua, nella quale possa egli stesso aver avuta qualche colpa, ma si fonda sulla impossibilità

---

(1) V. sopra, n. 53, pag. 213, 214.

verificatasi, che la pubblicità della legge si estendesse a quel luogo in cui egli era, e sostiene che essendo appunto tale pubblicità il fondamento indispensabile della presunzione di notorietà generale della legge, codesta presunzione sia dunque inapplicabile là dove il fatto costituente il fondamento di essa fu, per circostanze eccezionali, di forza maggiore, affatto impossibile. Nulla certamente vi è in ciò di contrario ai motivi, che ispirarono il legislatore nel dettare l'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice; nulla che non sia perfettamente conforme a ragione, e dipendente dalla necessità delle cose.

Certo è, per altro, che la presunzione legale, assoluta, d'ordine pubblico, risultante dal predetto articolo, dev'essere mantenuta fin dove sia ragionevolmente possibile; e pertanto i fatti, sui quali si fondi l'allegata impossibilità, che la notizia della legge pubblicata pervenisse in una data parte del territorio dello Stato, dovranno essere provati colla massima concludenza e certezza, e dovrà risultarne manifesta, incontrovertibile l'impossibilità che in quel certo periodo di tempo e in quel luogo l'esistenza della legge fosse conosciuta; talchè ogni dubbio, che rimanesse in proposito, sarebbe da risolversi per la rigorosa applicazione dell'articolo primo medesimo.

Ciò che accennammo intorno alle differenze, tra il caso del quale attualmente ci occupiamo, e l'altro in cui si alleghi un *errore individuale di diritto,* serve insieme a dimostrare. per necessaria conseguenza, come non siano da applicarsi al caso stesso presente le regole e le distinzioni, che ponemmo in riguardo all'allegabilità dell'error di diritto; mentre quando, non ostante la pubblicazione legalmente eseguita, l'effettiva pubblicità della legge sia stata impossibile in qualche parte del territorio dello Stato, è l'efficacia dell'autorità della legge medesima in quel luogo, che si viene a contestare, per la mancanza di ciò che costituisce il fondamento necessario della presunzione di notorietà di essa, e della conseguente sua obbligatorietà.

Pensiamo pertanto che l'ignoranza comune di una disposizione di legge in un determinato luogo, per cause straordinarie, pubbliche, di forza maggiore, che ivi ne avessero reso assolutamente impossibile la conoscenza, potrebb'essere addotta anche allo scopo d'impugnare una transazione, o di ritrattare una confessione, di cui quell'ignoranza di legge fosse stata la causa determinante; perchè quando gli articoli 1360, § 3° e 1772, § 2° del Codice civile vietano *per eccezione* — come vedemmo — di ritrattare le confessioni, e d'impugnare le transazioni *per causa di errore di diritto*, suppongono un *errore esclusivamente personale*, in cui sia incorso il confitente, o chi ha concordata la transazione; nè quindi una tale eccezione può estendersi al caso diverso di cui ora parliamo, nel quale dovrebbesi invece osservare il principio generale, secondo cui nessun atto di consenso è valido se sia stato dato per errore.

Pensiamo altresì che codesta ignoranza comune d'una disposizione di legge possa essere allegata anche al fine di sottrarsi alla diretta applicazione di essa, e di non subire le conseguenze della sua inosservanza; tale anzi dovendo essere l'effetto più naturale del non potersi estendere la presunzione di notorietà generale, nè quindi la obbligatorietà della legge, in un luogo dove la diffusione della pubblicità di essa fu per circostanze straordinarie materialmente impossibile.

Qualche punto di difficoltà rimarrebbe tuttavia da risolversi in questo argomento. Allorchè cessino quelle cause eccezionali, che impedivano la completa diffusione della notizia della legge in tutte le parti dello Stato al tempo in cui fu pubblicata, la legge stessa diverrà anche in que' luoghi immediatamente obbligatoria? O dovrà essere trascorso nuovamente, dopo la cessazione di quelle circostanze straordinarie, il termine di quindici giorni prefissi dall'articolo 1°? O saranno necessari nuovi atti di pubblicazione della legge in quei luoghi dove rimase nell'intervallo inattivata? La sola accettabile di queste idee

sarebbe, a modo di veder nostro, la seconda. Ritenere che in tali casi la legge acquistasse forza obbligatoria immediatamente al cessare delle cause, che quando fu pubblicata ne impedivano la conoscenza in qualche parte dello Stato, ci parrebbe contrario al concetto su cui si fonda l'articolo 1° delle disposizioni premesse al Codice; al concetto, cioè, che ogni legge non sia a reputarsi generalmente nota, nè quindi divenga obbligatoria tosto dopo che sia pubblicata, ma solo nel decimoquinto giorno, affinchè nell'intervallo possa diffondersene tra i cittadini la notizia.

Reputare indispensabile un nuovo atto di pubblicazione, ci sembrerebbe parimenti in opposizione col citato articolo; il quale, eseguita che sia la pubblicazione d'una legge, mediante l'inserzione di essa nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti, e l'annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta Ufficiale*, dichiara la legge stessa obbligatoria, nel decimoquinto giorno dopo, in tutto il regno. Certo, che nelle straordinarie circostanze di cui parliamo, sarebbe più opportuno che mai, al cessare di esse, il provvedere per l'affissione in ciascun capoluogo dei comuni, dove quelle circostanze si verificarono, d'un esemplare della legge, che non potè prima esservi conosciuta. Ma una tale formalità, per quanto utilissima, specialmente nella particolarità del caso, non essendo però prescritta come essenziale (1), non sarebbe dunque da ritenersi assolutamente necessario questo nuovo atto complementare di pubblicazione della legge, per renderla obbligatoria anche in quelle parti dello Stato, su cui non aveva potuto estendere prima la sua efficacia.

Ci sembra invece perfettamente conforme a ragione, ed al sistema adottato dal legislatore, che al giorno della pubblicazione, rispetto ai luoghi in cui, per le cause eccezionali di cui parliamo, essa non potè essere cono-

---

(1) V. sopra, n. 50, pag. 194.

sciuta, si faccia equivalere quello, in cui cessate le predette cause, la notizia della pubblicazione stessa si rese possibile; e quindi nel decimoquinto giorno dopo divenga obbligatoria la legge. Di ciò pertanto dovrebbero, secondo l'opinione nostra, tener conto i giudici; ai quali spetterebbe di determinare in fatto in qual giorno fosse da reputarsi divenuta possibile in quei dati luoghi la notizia dell'avvenuta pubblicazione della legge, e quando perciò avesse questa cominciato ad essere obbligatoria.

Ma, come sarebbe da regolarsi il caso, in cui taluno, mentre nel luogo, in cui prima si trovava, una legge regolarmente pubblicata era ancora, per le circostanze sopra segnalate, generalmente ignota, fosse passato ad altro luogo, nel quale quella legge si trovasse in piena attività? Diverrebb'essa immediatamente obbligatoria anche per lui, nè sarebb'egli più ammesso ad allegarne l'ignoranza? Se si trattasse d'uno dei casi, nei quali dimostrammo potersi addurre l'error di diritto, non vedremmo obbiezione possibile all'allegazione che se ne facesse in questa ipotesi; poichè anzi l'essersi trovato in luogo, nel quale era impossibile che giungesse la notizia della legge, sarebbe una causa giustificante l'errore incorso dall'allegante. Ma, se si trattasse invece di sottrarsi alla diretta applicazione della legge — al quale scopo non è lecito addurne l'ignoranza — non parrebbe che a renderla eccezionalmente allegabile bastasse la circostanza d'essersi trovato prima in un luogo nel quale quella disposizione di legge non poteva essere conosciuta, sebbene non fosse ancora dopo quel tempo trascorso il termine stabilito dall'articolo primo delle disposizioni premesse al Codice; perchè assumendo, come prudenza voleva, le necessarie informazioni innanzi di compiere un determinato atto, sarebbesi potuto agevolmente conoscere l'esistenza delle nuove regole di diritto, a cui era sottoposto.

90. Coll'autorità delle leggi ha una certa attinenza la *simulazione* negli atti; perchè, rivestendoli d'una forma

non corrispondente alla realtà, o facendoli apparire d'un carattere diverso da quello che loro veramente spetta, ha per iscopo, od almeno potrebbe avere per effetto, di sottrarli alle regole a cui devono essere soggetti secondo la legge. È quindi all'autorità di questa, che si riferiscono le questioni concernenti le conseguenze giuridiche della simulazione, e lo stabilire se e quando possa derivarne la nullità degli atti, in cui la simulazione stessa si verifichi, quali persone possano, o per questo o per altri effetti legali, opporre la simulazione di un atto, e quali mezzi di prova sieno proponibili per accertarla.

Proponendoci pertanto di completare il presente capitolo colla enumerazione dei principii fondamentali su questo argomento, non ci ripromettiamo per altro di svolgerlo in tutti i particolari, in cui se ne possono trovare le applicazioni.

A tale intendimento bisognerebbe supporre, o dimostrare imperfettamente molte teorie, riguardanti le successioni, le donazioni ed i contratti, nella trattazione delle quali cadrà più opportuno, e riuscirà più facile l'esposizione di quanto pure concerne le simulazioni, che nei vari atti possono verificarsi.

La parola *simulazione*, nel senso giuridico più generale, significa quel vizio di un atto o d'un contratto, pel quale la persona di cui l'atto è, o le parti contraenti d'accordo, fanno apparire una cosa diversa da quella che veramente hanno voluta o consentita. " Questa parola — " disse un insigne giureconsulto — deriva dal latino " *simul*; e secondo questa etimologia, indica il concerto, " l'accordo di due o più persone per dare ad una cosa " l'apparenza di un'altra. In diritto dicesi simulato un " atto, o la clausola di un atto, che non sia sincero „ (1).

In questo senso generico è simulazione anche il fingere l'esistenza d'una disposizione, quando l'autore dell'atto

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Simulation.*

non volle realmente farne alcuna, o di un contratto, quando le parti non prestarono veramente il consenso intendendo di assumere una obbligazione qualsiasi; ed è questa la simulazione che alcuni chiamano *assoluta*, contrapponendola alla *relativa*, la quale si verificherebbe allorchè il disponente od i contraenti avessero travisato sotto una falsa apparenza ciò che realmente avrebbero voluto disporre o convenire (1). Ma, più che dai concetti di *assoluta* o di *relativa* — poichè in ambedue le ipotesi è assolutamente falsa l'esistenza dell'atto o del contratto che si è fatto apparire — la distinzione essenziale tra i due casi consiste in ciò: che nel primo di essi vi è solo l'apparenza di una disposizione o di una convenzione, la quale in realtà è da riguardarsi come *giuridicamente inesistente*. Era questa l'idea che esprimevano due grandi giureconsulti colle parole riferite dal Merlin nel luogo sopra citato:

" Hujusmodi contractus est tanquam corpus sine anima, " et dicitur coloratus, depictus, extrinsecus apparens, in- " trinsecus nihil habens..... Colorem habet, substantiam " vero nullam; nulla quippe conventio initur, nullus con- " tractus agitur, sed fingitur " (2).

Parlando, in contrapposto, dei casi di *simulazione relativa*, il Chardon osservava: che dei contratti realmente esistenti, ma ai quali si fosse data un'apparenza per cui ne fosse dissimulato il vero carattere, sarebbesi dovuto dire che *colorem habent, substantiam vero alteram* (3).

Ora, poichè un contratto od un atto, il quale non abbia che una semplice apparenza estrinseca, ma nessuna sostanza, nessuna esistenza reale, non può certamente produrre mai verso nessuno un effetto quale che sia, ne deriva dunque che ognuno, contro cui si pre-

---

(1) V. Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, parte II, n. 4.
(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Simulation*, § III.
(3) V. Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, parte II, n. 4.

tenda di far valere quel contratto o quell'atto — sia poi il disponente stesso, od uno dei contraenti, od un terzo — possa sempre eccepirne la inesistenza giuridica. Non è più possibile far questione di persone, che possano o non possano addurre la simulazione; nè di limitazioni circa i mezzi di prova con cui questa possa essere dimostrata; nè di distinzioni tra i casi in cui la simulazione sia o non sia da considerarsi come causa di nullità (1).

Ben altrimenti avviene nella seconda ipotesi, che dicono di *simulazione relativa*, in cui vi è realmente qualche cosa che l'autore dell'atto ha voluto disporre, qualche cosa a cui le parti hanno consentito di obbligarsi; e solo hanno travisato sotto una falsa apparenza ciò che veramente volevano fare. Allora è disputabile, nè sempre è facile a determinarsi, quali debbano essere le conseguenze giuridiche della simulazione. Talvolta non ne deriverà conseguenza veruna, e l'allegazione della simulazione dovrà essere respinta come irrilevante, perchè nessuno abbia interesse legittimo a proporla, perchè la simulazione sia del tutto innocua. Altre volte invece la simulazione provata darà luogo a dichiarar nullo l'atto, perchè ciò che le parti abbiano veramente voluto sia contrario ad una legge proibitiva o d'ordine pubblico, per frode alla quale appunto siasi coperta la realtà delle cose disposte o convenute sotto un'apparenza diversa; o perchè mediante la simulazione siasi celata una causa illecita dell'obbligazione contratta, o siasi voluto pregiudicare a legittimi diritti di terze persone. Altre volte infine si tratterà solo di ristabilire la vera natura dell'atto, per determinarne a seconda di essa gli effetti, distruggendo quella falsa apparenza, di cui era stato rivestito, ed impedendo che ne siano pregiudicati i diritti legittimi dei creditori

---

(1) V. Decisioni della Corte di cassazione di Torino, 26 giugno 1874 (*Giurisprud. Ital.*, XXVI, I, 656), della Corte d'appello di Brescia, 29 luglio 1868 (*Annali di giurispr.*, III, 2, 525), della Corte di cassazione di Roma, 27 settembre 1877 (*Giur. Ital.*, XXIX, I, 873).

d'una delle parti, o che uno dei contraenti ne abusi a danno dell'altro, per far produrre effetti diversi da quelli che devono derivare dall'atto secondo la vera natura sua. È pure in questa seconda ipotesi specialmente, che divengono discutibili le questioni relative alle persone, da cui possa allegarsi la simulazione, ed ai mezzi di prova, che all'uopo siano proponibili; distinguendo se la simulazione venga addotta da una delle parti contraenti in opposizione all'altra, o dai loro eredi, o dai creditori, o da terze persone.

A questa sola ipotesi, della simulazione adoperata dal disponente o dai contraenti per travisare sotto una falsa apparenza ciò che veramente hanno inteso di fare, si restringono pertanto le indagini, che ora ci proponiamo.

La simulazione può qualche volta avere uno scopo non illecito, nè riprovevole in alcun modo; e in tal caso — come già osservammo — non ne deriverà alcuna conseguenza speciale, alcuna azione esercibile da chicchessia; giacchè nessuno avrà un interesse legittimo a proporla. Questo interesse legittimo non potrebbe sorgere fuorchè per l'una delle parti contraenti rispetto all'altra, dal fatto che questa abusasse del carattere apparente dell'atto, pretendendo di fargli produrre gli effetti propri del suo carattere apparente; nel qual caso l'altra parte avrebbe indubbiamente azione per ottenere dalla convenzione gli effetti che devono derivarne secondo il suo carattere vero.

Ma nel maggior numero dei casi la simulazione ha uno scopo frodolento; di evitare l'effetto d'una disposizione di legge proibitiva o d'ordine pubblico, o di sfuggire all'applicazione di qualche diritto fiscale, o di nascondere una causa illecita, che priverebbe d'ogni effetto l'obbligazione assunta, o di ovviare le conseguenze della incapacità legale d'una delle parti relativamente a quell'atto che intende di fare, o di trascendere i limiti prefissi dalla legge per la quota disponibile nelle successioni, o di sottrarre ai creditori i beni formanti le guarentigie dell'aver loro, o

di pregiudicare ai diritti reali appartenenti ad altri sovra certi beni. In questo aspetto è supposto che la simulazione contenga elementi di *frode*, o contro una speciale disposizione di legge, o in danno di legittimi diritti di terze persone.

Nondimeno non è da confondersi la *simulazione* colla *frode*, di cui non è che una specie (1). Possono esservi atti fraudolenti, e come tali impugnabili, nei quali però non si riscontri veruna simulazione. Le parti hanno fatto apparire dall'atto quello che realmente volevano; ma ciò che vollero era in frode di diritti altrui. Or questa frode non può certamente rivolgersi a loro profitto, ed in pregiudizio dei diritti spettanti ad altri; ed in tal senso l'azione di frode è esperibile, e l'atto è impugnabile, quantunque simulazione non vi sia. Un esempio ne porge *l'azione revocatoria*, di cui dovremo appresso dire qualche parola. Il Merlin considera sotto un altro aspetto la differenza tra la simulazione e la frode. “ Per operare la simulazione “ — egli dice — è necessario il concorso di più con- “ traenti, i quali siansi posti d'accordo per ingannare, “ o terze persone, o i magistrati; mentre la frode si “ fa bene spesso da un solo dei contraenti in danno “ dell'altro. „ Queste osservazioni però non ci sembrano esattamente e completamente corrispondenti al vero. Che nei contratti sia necessario l'accordo fraudolento dei contraenti per operare una simulazione, è troppo evidente; poichè senza tale accordo non sarebbe possibile fingere nell'atto, con cui si celebra la convenzione, una cosa diversa da quella in cui le parti hanno veramente consentito. Ma non è solo nei contratti che la simulazione possa riscontrarsi, e dar luogo ad azione per impedirne gli effetti. Taluno, per esempio, allo scopo di frodare i diritti dei legittimari nella futura sua successione, si è riconosciuto debitore d'una certa somma, eccedente la

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Simulation*, § I.

porzione disponibile, a favore d'un terzo, che non ha preso alcuna parte a quell'atto unilaterale di riconoscimento. Non vi è quindi accordo di più persone; la simulazione è opera del solo autore dell'atto unilaterale, in frode di terzi. Nondimeno, allorchè, apertási la successione, i legittimari esercitando i loro diritti impugnino quel riconoscimento di debito come simulato, la loro azione sarà certamente ammissibile. D'altra parte il dire che *la frode si fa talvolta dall'uno dei contraenti in pregiudizio dell'altro*, indurrebbe facilmente a confonderla col *dolo;* cioè con quei raggiri che siano stati usati da uno dei contraenti per ingannare l'altro, e senza i quali quest'ultimo non avrebbe contrattato (art. 1115 Cod. civ.). Ora *dolo* e *frode*, nel senso vero e proprio di queste parole, differiscono tra loro; quantunque siano affini, e spesso procedano insieme, tantochè vengono non di rado usate indifferentemente quelle parole l'una per l'altra nel linguaggio legale. " Il " *dolo* — ha detto un autore, che si è specialmente oc- " cupato di questa materia — è l'arte d'ingannare la per- " sona che viene spogliata. La *frode* è l'arte di violare " le leggi ingannando i magistrati od i terzi, mediante " la forma degli atti ".

" Il dolo si appiglia alla persona stessa, alla cui for- " tuna insidia, e seducendola con illusioni, la fa coope- " rare alla propria spogliazione. All'opposto è nell'ombra, " e quasi sempre all'insaputa della vittima, che la frode " ordisce le sue trame: sebbene talvolta il colpevole di " frode, abusando delle passioni o delle sventure della " persona alla cui rovina intende, giunga fino ad otte- " nere aiuto da lei stessa per nascondere ai magistrati " il segreto delle angherie di cui è vittima " (1).

Ad ogni modo, è fuori di dubbio che se la *simulazione* differisce dalla *frode*, come la specie dal genere, molto più poi differisce dal *dolo* nel senso dell'art. 1115 del Co-

(1) V. Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, parte I, n. 3, parte II, n. 1.

dice civile; essendo in tal caso vero e reale il contratto, quale apparisce dall'atto mediante cui ne fu fatto constare, salvochè il contratto medesimo è imperfetto per vizio del consenso prestato da una delle parti, la quale vi fu indotta dai raggiri praticati dall'altra parte, e senza cui non avrebbe contrattato.

Queste differenze tra la simulazione, la frode e il dolo, e tra le azioni corrispondenti, furono infatti riconosciute in più decisioni delle nostre Corti (2).

Non meno chiara è la differenza, che esiste sotto più aspetti, fra l'*azione per simulazione*, e *l'azione revocatoria* ammessa in favore dei creditori dall'art. 1235 del Codice civile. Quest'ultima azione mira ad impugnare atti realmente esistenti nello stesso loro carattere apparente, e si fonda unicamente sull'esser essi stati fatti in pregiudizio ed in frode delle ragioni dei creditori, dai quali l'impugnazione procede, ed a favore dei quali soltanto deve avere effetto la chiesta revocazione di quegli atti. La prima di dette azioni invece ha per iscopo di far dichiarare non sinceri, ma travisati sotto una falsa apparenza, coll'intento di eludere disposizioni di leggi proibitive o d'ordine pubblico, o di pregiudicare diritti legittimi altrui, gli atti che vengono impugnati; e ciò per privarli di qualunque effetto, o per ristabilire il loro vero carattere, e determinarne gli effetti giuridici a seconda di esso. Inoltre l'*azione revocatoria* è subordinata a condizioni e norme, che non sono comuni a quella di simulazione. Per poter invocare il beneficio dell'articolo 1235 del Codice civile, è indispensabile che il rimanente patrimonio del debitore sia insufficiente al soddisfacimento dei creditori; l'*azione revocatoria* è essenzialmente *sussidiaria*, epperò chi si difende contro di essa può richiedere che siano escussi

---

(2) V. Decisioni della Corte di cassaz. di Napoli, 2 luglio 1870 (*Legge*, X, I, 799) e 5 novembre 1876 (*Gazzetta del Procuratore*, XII, 499), della Corte d'appello di Venezia, 16 luglio 1878 (*Temi Veneta*, IV, 595).

preventivamente gli altri beni del debitore, se però una tale escussione non sia soverchiamente difficile, come quando si trattasse di beni litigiosi, o situati in paese estero. All'opposto, chi esercita l'azione per simulazione non ha alcun bisogno di giustificare la insolvenza di colui che è autore dell'atto simulato. Il pregiudizio dei creditori, ossia l'insolvenza del debitore, dev'essere derivata, od almeno essere stata accresciuta *dall'atto stesso contro cui l'azione revocatoria è diretta*; ma ad una tale condizione neppure si può pensare quanto all'azione per simulazione, giacchè la insolvenza dell'autore dell'atto non ha con quest'azione alcun rapporto. Per l'applicabilità del predetto articolo 1235 si richiede, infine, che chi esercita l'azione abbia un credito di data anteriore a quella dell'atto impugnato; mentre non è punto necessario che i diritti di chi intenti l'azione per simulazione rimontino ad un tempo precedente all'atto simulato.

Del resto, le differenze ora cennate, di fronte all'*azione revocatoria*, non si limitano all'azione per la simulazione intesa nel solo senso speciale in cui ora la consideriamo — cioè di un atto realmente compiuto per volontà delle parti, e solo travisato, a scopo di frode, sotto una falsa apparenza — ma si estendono eziandio all'altro caso, che pure avvertimmo comprendersi nel senso più generale della parola *simulazione*; vale a dire di un atto, che nulla veramente abbia di reale, in cui tutto si riduca ad una semplice apparenza, per esservisi finta una disposizione che l'autore dell'atto non intendeva di fare seriamente, od una convenzione inesistente perchè coloro che vi figuravano come parti non prestavano un vero consenso ad assumere le relative obbligazioni. In questo caso infatti, in cui l'atto apparente non ha alcuna esistenza giuridica, tanto meno potrebb'esservi ragione di richiedere il concorso di condizioni simili a quelle che sono necessarie per l'ammissibilità dell'*azione revocatoria*; tanto meno potrebbesi pretendere che colui contro il quale

s'invocassero gli effetti dell'apparente atto, per difendersi coll'opporne la inesistenza giuridica, dovesse avere diritti acquistati anteriormente alla data dell'atto medesimo, od avesse bisogno di dimostrare che da quell'atto fosse derivata la insolvenza dell'autore di esso (1). Anzi, in questo caso, della *simulazione*, che dicono *assoluta*, si verifica, in confronto dell'*azione revocatoria*, un'altra differenza anche più fondamentale. Dell'*azione revocatoria* è condizione essenziale la *frode* in pregiudizio delle ragioni dei creditori; e bisogna quindi provare, oltre alla realtà del pregiudizio (*eventus damni*) la intenzione del debitore, se l'atto è a titolo gratuito, o la intenzione di ambedue i contraenti, se l'atto è a titolo oneroso (art. 1235, § 2° Codice civile), di frustrare i diritti dei creditori stessi (*consilium fraudandi ex parte debitoris — fraudis non ignorantia ex parte tertii*). Ma quando invece si tratti di far dichiarare inesistente in diritto un atto soltanto apparente per simulazione, non può esservi bisogno di dimostrare che questa sia stata fraudolenta; poichè, quand'anche l'autore dell'atto od i contraenti non siano stati determinati a simulare da alcun pensiero di frode, non è men vero però che l'atto non può avere esistenza giuridica, nè produrre effetto alcuno, se non ha che *una semplice apparenza, ma nessuna sostanza*, se non è che *un corpo senza anima;* perchè non si volle fare un atto, o consentire ad un contratto, ma solamente fingerlo. Così fu infatti deciso ripetutamente (2).

L'azione per simulazione è proponibile contro le disposizioni o le convenzioni, ancorchè contenute in atti pubblici, senza bisogno d'iscriversi in falso contro gli atti medesimi. La *piena fede fino ad iscrizione in falso*, che

---

(1) V. Demolombe, t. XXV, n. 235, 336; Aubry e Rau, t. IV, § 313, 5°, nª 49.
(2) V. Decisioni della Corte di cassazione di Firenze, 16 febbraio 1874 (*Legge*, XIV, I, 530), della Corte di cassazione di Roma, 17 agosto 1878 (*Legge*, XVIII, I, 747), della Corte di cassazione di Torino, 31 dicembre 1880 (*Monitore dei Tribunali* di Milano, XXII, 622).

appartiene all'atto pubblico, come opera ch'esso è del notaio od altro pubblico ufficiale che lo ha ricevuto, riguarda naturalmente soltanto l'esistenza materiale dei fatti, ch'egli vi enuncia come compiuti da lui stesso, o come avvenuti alla sua presenza nell'esercizio delle sue funzioni (articolo 1319 Codice civile). Ma quanto alla verità e sincerità delle convenzioni, disposizioni ed enunciazioni consegnate dalle parti nell'atto, questo ne fa bensì *piena fede fino a prova contraria*, non però *fino ad iscrizione in falso;* perchè non s'impugna la fede che meritano le attestazioni dell'ufficiale pubblico, quando non si contesta che a lui siano state realmente fatte le dichiarazioni ed enunciazioni riferite nell'atto, ma solo si contrasta che le parti abbiano dichiarato od enunciato lealmente il vero. Perciò la massima, che la piena fede dovuta all'atto pubblico non sia di ostacolo a poter impugnare per simulazione le convenzioni, disposizioni o dichiarazioni in quell'atto contenute, senza ricorrere alla querela di falso, è generalmente ammessa dalla dottrina (1), ed è stata molte volte ritenuta anche nella giurisprudenza nostrale (2). Un altro punto è incontrovertibile, ed è stato costantemente raffermato dalle decisioni delle nostre Corti di cassazione; che, cioè, lo stabilire se un atto sia, o no, simulato, dipende da un apprezzamento di fatto, spettante incensurabilmente ai giudici del merito. È infatti evidente non essere che un semplice apprezzamento di fatto il giudicare, valutando le prove somministrate in giudizio, se le disposizioni, convenzioni ed enunciazioni contenute in un atto o in un contratto siano sincere, o se al contrario il disponente od i contraenti abbiano travisato

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Simulation*, § 1; Toullier, t. VIII, n. 122; Duranton, t. XIII, n. 84, 85; Demolombe, t. XXIX, n. 279; Aubry e Rau, t. VIII, § 755, n° 59.

(2) V. Decisioni della Corte di cassazione di Torino, 20 febbraio 1874 (*Annali di Giurispr.*, VIII, 1, 319), 23 luglio 1875 (*Ann. di Giurispr.*, IX, I, 329) e 3 febbraio 1877 (*Monit. dei Trib.* di Milano, XVIII, 1, 183); della Corte di cassazione di Firenze, 31 maggio 1878 (*Legge*, XVIII, 1, 670).

sotto una falsa apparenza ciò che veramente intendevano di fare (1).

91. Abbiamo già osservato nel numero precedente, come nei casi stessi, nei quali un atto sia impugnabile per simulazione, non avvenga sempre ch'esso debba o possa essere per questa causa annullato, ma talvolta si faccia luogo soltanto a limitarne gli effetti a quelli che sono propri della vera natura dell'atto, secondo ciò che le parti hanno realmente voluto convenire o disporre; e come poi in altri casi possa accadere che essendo la simulazione innocua, non diretta a scopo di frode, nè contro la legge, nè in danno di terzi, l'allegazione della simulazione stessa non sia neppure ammissibile.

La proposizione enunciata da qualche autore, che l'effetto della simulazione debba essere in generale di produrre la nullità degli atti, che siano infetti di tale vizio (2), non sarebbe pertanto accettabile, almeno nei termini assoluti ora riferiti. È vero anzi — nè par difficile dimostrarlo — il principio opposto; vale a dire che generalmente la simulazione, colla quale un disponente o le parti contraenti abbiano dato al loro atto o contratto un'apparenza diversa da ciò che veramente hanno voluto disporre o convenire, non è per sè stessa una causa di nullità dell'atto o del contratto medesimo; e solo può divenirla quando sia stata operata a scopo di frode, per eludere disposizioni di legge proibitive o d'ordine pubblico, o per pregiudicare i diritti legittimamente appartenenti a terze persone.

---

(1) Veggansi in proposito, fra le altre, le decisioni della Cassaz. di Roma, 31 maggio 1876 (*Legge*, XVI, I, 628); della Cassaz. di Torino, 17 maggio 1867 (*Legge*, VII, I, 568) e 23 luglio 1875 (*Ann. di Giurispr.*, IX, I, 329); della Cassaz. di Napoli, 5 giugno 1869 (*Gazzetta del Procuratore*, IV, 279) e 26 agosto 1879 (*Giurisprud. Ital.*, XXXI, I, 1121); della Cassaz. di Firenze, 12 novembre 1867 (*Giurispr. Ital.*, XIX, I, 678) e 19 aprile 1880 (*Ann. di Giurispr.*, XIV, I, 213).

(2) V. Rolland de Villargues, *Répertoire du notariat*, v° *Simulation*, n. 12.

Prescindendo infatti dall'idea d'una frode, che sia stata scopo e costituisca l'effetto della simulazione, questa si riduce semplicemente all'aver data all'atto una forma diversa da quella che più propriamente gli conveniva; sotto la qual forma diversa però il disponente od i contraenti possono egualmente conseguirne il loro intento. Ora, in ciò che concerne i rapporti privati, e quando non si offenda alcuna disposizione di legge proibitiva o d'ordine pubblico, nè si ledano i diritti altrui, non è forse lecito alle persone di agire liberamente, disponendo e contrattando in quei modi e sotto quelle forme che reputino più convenienti ai loro particolari interessi? Perciò appunto la massima, che la simulazione non sia per sè medesima una causa di nullità, è generalmente ammessa dalla dottrina (1) e ne fu fatta applicazione anche presso noi dalla giurisprudenza (2).

Resta fermo nondimeno che quando non si tratti d'una semplice ed innocua simulazione, ma questa sia diretta ad eludere qualche disposizione proibitiva o d'ordine pubblico, ovvero a frodare diritti legittimi altrui, l'allegazione della simulazione è ammissibile; per l'effetto, talvolta di far dichiarare la nullità dell'atto coperto sotto forma simulata, tal altra di ristabilire il vero carattere dell'atto medesimo, ed attribuirgli quegli effetti giuridici, che secondo tale carattere ne sono propri.

Se non che, da ciò nasce una questione assai grave; se, cioè, nelle donazioni coperte sotto la falsa apparenza di contratti a titolo oneroso, la simulazione potendo essere diretta ad eludere le disposizioni di legge, che prescrivono le forme solenni delle donazioni, sia perciò da

---

(1) V. Toullier, t. IX, n. 162; Duranton, t. X, n. 350; Demolombe, t. XX, n. 100, 2°, t. XXIV, n. 370; Aubry e Rau, t. I, § 35, nª 1, t. IV, § 345, nª 18.

(2) V. Decisioni della Corte d'appello di Venezia, 13 luglio 1877 (*Temi Veneta*, II, 370); della Corte di cassaz. di Torino, 30 novembre 1876 (*Giurisprudenza* di Torino, XIV, 167); della Corte di cassazione di Roma, 19 aprile 1878 (*Foro Italiano*, IV, 1, 1035); detta Corte d'appello di Ancona (Sezione di Perugia), 12 maggio 1881 (*Giurispr. Ital.*, XXXIII, II, 680).

riguardarsi come causa della nullità di esse. Si prescinde, ben deve intendersi, da ogni altra questione, che potesse sorgere intorno all'inefficacia od alla riducibilità della donazione per cause intrinseche; si suppone ch'essa non sia fatta a favore d'un incapace, nè direttamente, nè per interposta persona, nè ecceda i limiti della quota disponibile; e il dubbio si restringe alla considerazione delle forme solenni, ordinariamente richieste per le donazioni, e che mancano in quella travisata sotto la forma simulata di contratto a titolo oneroso; domandandosi se da ciò debba seguire la nullità completa dell'atto.

Intorno a questo punto la giurisprudenza francese fu da principio esitante. La prima sezione della Corte di cassazione aveva in alcune sue decisioni ritenute nulle le donazioni fatte sotto la finta apparenza di vendita, qualora non fossero rivestite delle solennità proprie delle donazioni; mentre la seconda sezione le giudicava valide. Quest'ultima opinione finì per trionfare, e fu consacrata da una lunga serie di decisioni conformi, ed accettata dal maggior numero dei giureconsulti (1). Altri però reputarono seriamente contestabile quella massima, augurando anzi che la Cassazione finisse coll'abbandonarla (2).

L'opinione prevalente si appoggia all'autorità delle leggi romane, alle tradizioni della dottrina francese, ed a gravi argomenti dedotti da alcune disposizioni del Codice Napoleone e dai principii generali di diritto.

Parecchi testi del Codice e delle Pandette stabilivano il principio, che un apparente contratto di vendita o di locazione, fatto col solo animo di donare, assolutamente nullo

---

(1) V. MERLIN, *Rép.*, v° *Donation*, Sect. 2ª, § 6, v° *Simulation*, § 5, *Questions de droit*, v° *Donation*, § 5; TOULLIER, t. IX, n. 161; GRENIER, *Traité des donations*, n. 180; CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transit.*, p. 222, ss.; TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. III, n. 1082; ZACHARIÆ, t. I, § 35, nª 1; AUBRY e RAU, t. I, § 35, nª 1.

(2) V. DURANTON, t. VIII, n. 401; DEMOLOMBE, t. XX, n. 99-101; LAURENT, t. XII, n. 304, 305.

quanto al suo carattere apparente, valeva però come donazione (L. 9, C. *De contrahenda emtione*, L. 36, ff. eod. tit., L. 46, ff. *Locati conducti*, L. 6, ff. *Pro donato*).

Il Fabro, sul titolo del Codice *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*, dava la definizione: " Con-" tractus simulatus valet secundum id quod actum est, si " eo modo valere possit „. E la spiegava così: " Quod di-" cimus, contractum simulatum nullas omnino vires habere, " quia nec contractus nomen mereatur, ita accipiendum " est, ut quod simulate gestum est, pro infecto habeatur; " *neque tamen eo minus valeat, quod revera actum probatur,* " *si quo jure valere possit..... Denique, tum demum prorsus* " *inutile est negotium, quod simulate geritur, cum nec eo modo* " *valere potest, quo actum est ut valeret*; puta si foeneratitius " et usurarius contractus sub venditionis nomine initus pro-" ponatur. *Alioquin semper sequimur quod actum fuit*, ut plus " valeat quod agitur, quam quod simulate concipitur „ (1).

Nel diritto francese, sì antico che intermedio, era ritenuta la validità delle donazioni fatte sotto forma simulata di contratto oneroso; e il Furgole opinava che l'ordinanza del 1731, la quale assoggettava a forme solenni *gli atti portanti donazione*, fosse da applicarsi alle sole *donazioni espresse*, ma non riguardasse le *donazioni tacite*.

Il Codice Napoleone poi prescriveva bensì la solennità dell'atto notarile ed altre, ma solo *per tutti gli atti portanti donazione tra vivi* (art. 931, 932 e 948) non *per qualunque liberalità*. E di fatto molte liberalità possono aver luogo senza che se ne faccia oggetto di un atto formale di donazione; liberalità parziali contenute in atti aventi per sè il carattere oneroso, come quando si vende o si affitta un fondo per un prezzo vile, acciocchè l'acquirente od il conduttore approfitti della differenza di valore; doni manuali; stipulazioni fatte a profitto d'un terzo, apponendole come condizioni a stipulazioni fatte per se medesimo; remissioni

---

(1) V. *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. XVII, *Definitio* III.

di debito, che possono operarsi mediante la semplice volontaria restituzione del titolo originale del credito, sotto forma privata, fatta dal creditore al debitore. Non era dunque una violazione dei citati articoli il fare una liberalità sotto l'apparenza d'un contratto a titolo oneroso.

Altre disposizioni del Codice Napoleone presupponevano la validità delle donazioni travisate sotto forma di contratti a titolo oneroso. Così non sarebbesi potuto dire nell'articolo 853 (a cui corrisponde il 1010 del Codice italiano) non essere soggetti a collazione " gli utili che l'erede *ha* " *potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto*, purchè " le dette convenzioni *non contenessero, al momento in cui* " *vennero fatte, alcun indiretto vantaggio* ", se si fosse ritenuto che le convenzioni, contenenti liberalità, non fatte sotto la forma delle donazioni vere e proprie, dovessero essere riguardate per sè stesse come nulle, poichè in tale ipotesi sarebbe assurdo il supporre che l'erede avesse conseguito da quelle convenzioni un indiretto vantaggio, e il dichiarare questo soggetto a collazione. Parimente, non sarebbesi potuto dire nell'articolo 911 (1055 Cod. Italiano) che " qualunque disposizione a vantaggio d'una persona " incapace sarà nulla *ancorchè venga simulata sotto la forma* " *d'un contratto oneroso* ", se si fosse ritenuto che una tale simulazione producesse di per sè la nullità dell'atto, indipendentemente dalla capacità od incapacità della persona beneficata.

I principii generali, poi, sui quali questa opinione si fonda, sono semplici e chiari.

È sempre in libera facoltà d'ogni privato ciò che la legge non comanda nè proibisce; e ciò che è lecito fare direttamente, può essere pure compito dalle parti in modo indiretto. Quando pertanto lo scopo d'una disposizione o d'una convenzione possa conseguirsi ugualmente, tanto mediante un atto, da cui risulti la vera natura della disposizione o convenzione stessa, quanto col mezzo d'altro atto, che lo faccia apparire sotto una specie diversa, è permesso al

disponente od ai contraenti di scegliere liberamente l'una e l'altra di queste forme.

La semplice simulazione non può quindi per sè stessa essere una causa di nullità; non la può essere fuorchè quando siasi simulato a scopo di frode contro le leggi, contro l'ordine pubblico, contro il buon costume, contro i diritti dei terzi.

Nè può dirsi che nel caso di cui si tratta una frode alla legge si verifichi, nel senso che si eludano le disposizioni, dalle quali sono stabilite sotto pena di nullità le forme delle donazioni; dappoichè quelle forme sono prescritte pei soli *atti veri e propri di donazione*, nè è vietato di fare una liberalità sotto l'apparenza di un atto a titolo oneroso. D'altra parte neppur è supponibile la frode per compiere in modo indiretto un atto, che sarebbesi potuto fare anche direttamente.

Basta per l'esecuzione di un atto, ch'esso abbia le forme richieste dalla legge per la validità degli atti della natura di quello che è stato fatto apparentemente; salvo il doversi poi regolare la sostanza e gli effetti dell'atto medesimo secondo ciò che le parti hanno realmente in esso voluto fare.

Tali sono gli argomenti, che a noi sembrano decisivi, della dottrina generalmente professata, e consacrata dalla giurisprudenza francese.

L'opinione opposta, però, non manca certamente di gravi obbiezioni da contrapporre.

Che in diritto romano dovesse valere come donazione anche quella che fosse fatta sotto la forma simulata d'un contratto oneroso, si capiva facilmente, poichè a perfezionare una donazione bastava che la volontà del donante fosse stata manifestata in qualunque modo, anche senza scrittura; ma non può essere altrettanto in una legislazione che prescrive per le donazioni forme solenni.

Se degli antichi giuristi francesi alcuni ammettevano la validità delle donazioni anche *tacite*, non ne deriva che la ammettessero ugualmente per le donazioni coperte sotto

l'apparenza di contratti onerosi. E il Pothier, le cui dottrine furono la guida abitualmente seguìta dai compilatori del Codice Napoleone, professò apertamente il contrario; giacchè parlando d'una vendita, in cui mancasse il requisito di un vero prezzo, perchè quello indicato, non avendo alcuna proporzione col valore della cosa venduta, non potesse reputarsi seriamente convenuto, scriveva: " Un tale contratto " non è dunque una vendita, ma una donazione falsamente " qualificata come vendita, *la quale dev'essere soggetta a* " *tutte le formalità della donazione* „ (1).

Negli articoli 931, 932 e 948, che stabiliscono le *forme delle donazioni tra vivi*, si parla veramente soltanto degli *atti portanti donazione;* ma ciò non significa che siasi voluto lasciare piena libertà alle parti di donare senza le formalità richieste, purchè solo diano all'atto l'apparenza di oneroso. Ciò sarebbe contrario all'intento del legislatore nel prescrivere quelle solennità; contrario al principio fondamentale, stabilito nel precedente articolo 893, che " nessuno possa disporre de' suoi beni, a titolo gratuito, se non " per donazione tra vivi o per testamento, *nelle forme sta-* " *bilite* in appresso „; sarebbe anche assurdo, perchè il legislatore, mentre da un lato subordina a forme di rigore l'esistenza giuridica stessa delle donazioni, dall'altro offrirebbe alle parti il mezzo di eludere facilmente e sicuramente la severità di queste prescrizioni, colla libertà di dare alle donazioni la forma d'altro contratto.

Quanto agli altri articoli del Codice, nei quali si vorrebbe trovare implicita la dichiarazione di validità delle donazioni fatte sotto apparenza di contratti a titolo oneroso — oltrechè sarebbero argomenti *a contrario*, che si trarrebbero da quelle disposizioni, dei quali è noto quanto siano pericolosi, e come perciò si debba procedere colla massima cautela nel prevalersene — non è nemmeno giustificata la deduzione di quella conseguenza; perchè ciò che vi è detto, di

---

(1) V. Pothier, *Traité du contrat de vente*, n. 19.

disposizioni di liberalità simulate sotto la forma di contratti onerosi, si spiega agevolmente in altro modo; riferendolo a quei contratti a titolo oneroso, esistenti veramente in tale carattere, i quali però contengano pure indirettamente qualche liberalità, in quanto, per esempio, siasi venduta una cosa a prezzo notevolmente inferiore al giusto valore di essa, coll'intenzione di largire la differenza all'acquirente.

Vi sono veramente, oltre a quella ora accennata, altre liberalità esenti dalle forme solenni delle donazioni, come i doni manuali, le remissioni di debito, le stipulazioni fatte a profitto altrui come condizioni di altre stipulazioni per conto proprio. Ma ciò avviene perchè quelle liberalità hanno forme speciali loro proprie, ed autorizzate dalla legge stessa.

Anche agli argomenti dedotti in favore dell'opinione contraria dai principii generali di diritto, si trovano risposte meritevoli, senza dubbio, di molta considerazione.

Si ammette che *la simulazione semplice non sia per se stessa una causa di nullità;* ma si osserva essere indispensabile a tal uopo il concorso di due condizioni; che, cioè, la simulazione non abbia per iscopo di far frode alle disposizioni della legge; e che pel contratto realmente voluto dalle parti si verifichino i requisiti necessari alla sua esistenza giuridica, ed alla sua validità. Ora, si dice, nessuna di queste condizioni si avvera invece negli atti di liberalità coperti colla simulazione di un contratto a titolo oneroso.

Questa simulazione ha per fine diretto di sottrarre l'atto di liberalità alle forme solenni a cui la legge lo assoggettava; e poichè le disposizioni di questa legge sono proibitive, comminando la *pena di nullità,* la simulazione, che ha per iscopo di eluderle, è per ciò stesso infetta di *frode.* Invero i motivi, che indussero il legislatore a prescrivere forme solenni per le donazioni, non sono soltanto d'interesse privato del donante e del donatario, per guarentire rispetto al primo la libertà e sincerità del suo consenso, e rispetto al secondo la irrevocabilità della donazione; ma sono eziandio d'interesse pubblico, per impedire liberalità immorali; d'in-

teresse anche dei terzi, affinchè possano conoscere perfettamente le donazioni di beni altrui, che siano ad essi opponibili; e con tali motivi non è conciliabile la libertà, che si lasci alle parti contraenti, di evitare, mediante una simulazione, codeste forme salutari.

Ma quand'anche la simulazione potesse in questo caso considerarsi come semplice, non fraudolenta, per sostenere che non dovesse esser causa di nullità mancherebbe sempre l'altro requisito, che l'atto voluto realmente dalle parti abbia in sè le condizioni necessarie per la sua validità. Il contratto apparente, a titolo oneroso, manca affatto di esistenza giuridica, non vi essendo per esso il consenso delle parti. Il contratto vero, in cui le parti hanno consentito, cioè la donazione, è nulla per vizio di forma. Sostenerne la validità, per l'apparenza che le fu data di contratto oneroso, è quanto dire che la simulazione, non solo non è causa di nullità, ma giova a convalidare un atto per se medesimo nullo.

Non vale l'obbiezione, che è lecito fare indirettamente ciò che si potrebbe fare direttamente; perchè l'atto, che in questo caso potrebbe farsi in modo diretto, non sarebbe semplicemente il donare, ma il *donare con quelle solennità che sono dalla legge richieste*.

Non ostante il valore innegabile di tutte queste considerazioni, non lo crediamo però ancora tanto grande da far cadere una massima stabilita su così solide basi, come quella che abbiamo prima riferita.

Prescindiamo dai precedenti del diritto romano e dell'antica dottrina francese, intorno a cui ci sembrano giuste le osservazioni del Demolombe. Ma nei testi del diritto vigente reputiamo esservi bastante fondamento per sostenere che le forme solenni siansi volute imporre soltanto per le donazioni vere e proprie, che il donante abbia voluto fare con atto formale, non per qualunque altra liberalità; e che poi, relativamente alle donazioni fatte sotto forma simulata, il legislatore stesso abbia implicitamente dimostrato di

considerarle come valide; supposto — ben s'intende — che non siano intrinsecamente viziate, per incapacità del disponente o del beneficato, o per violazione di leggi proibitive, o per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, o per lesione dei diritti di terze persone.

Per parlare ora soltanto del Codice nostro, esso nell'articolo 1056 stabilisce che " Tutti *gli atti di donazione* debbono " essere fatti per atto pubblico, altrimenti sono nulli „. Ciò dunque riguarda le *donazioni vere e proprie*, fatte per *atti formali*, non in genere qualunque atto di liberalità, e tanto meno quelle beneficenze che risultino da contratti apparentemente onerosi. E siccome le disposizioni, che limitano la libertà di agire dei privati, prescrivendo per certi atti alcune solennità, senza cui tali atti non possono acquistare esistenza giuridica, sono naturalmente da considerarsi come eccezionali; non sono dunque da estendersi le disposizioni medesime oltre a ciò che vi si trova espressamente contemplato.

Negli articoli 1010 e 1055 si presuppone la efficacia di liberalità contenute in contratti apparentemente onerosi; e specialmente nell'ultima delle ricordate disposizioni tale presupposto è evidente, *facendosi dipendere la nullità d'una donazione fatta sotto apparenza di contratto oneroso dalla incapacità del beneficato.* A fronte di ciò, può essere ingegnoso, ma è manifestamente infondato l'interpretare la disposizione applicandola esclusivamente a quei contratti che siano veramente a titolo oneroso, e solo contengano accessoriamente ed incidentemente qualche liberalità; mentre l'articolo suppone che del contratto oneroso vi sia solo l'*apparenza*, e la realtà voluta dal disponente sia d'una donazione e non altro. Non è poi il caso di parlare della difficoltà di ammettere gli argomenti *a contrario sensu*; perchè qui non si tratta di dedurre, da ciò che la legge disponga restrittivamente per una data ipotesi, la massima inversa per l'ipotesi contraria; ma di argomentare l'intenzione del legislatore da disposizioni, le quali non sarebbero spiega-

bili senza il presupposto ch'egli avesse ritenute valide le donazioni coperte sotto l'apparenza di contratti a titolo oneroso, e fatte nella forma appunto di questi contratti, anzichè colle solennità delle donazioni.

In ordine poi ai principii teorici, le argomentazioni dell'opinione che combattiamo, esaminate accuratamente, si riducono, a nostro modo di vedere, a semplici petizioni di principio; perchè tutte presuppongono quello appunto che è in questione, essere cioè necessarie, secondo la disposizione della legge, le forme solenni anche per le liberalità, che non siano fatte con atti formali di donazione. Come si può affermare, infatti, che la simulazione, con cui si dia l'apparenza di contratto oneroso ad una liberalità, *abbia per fine diretto di sottrarre l'atto alle forme solenni imposte dalla legge*, se non è provato avanti tutto che la legge appunto esiga l'adempimento di quelle solennità anche per le beneficenze che non si facciano con atti formali di donazione vera e propria? Come si può sostenere che trovandosi inesistente — com'è indubbiamente — il contratto oneroso apparente, il contratto vero, che fu nell'intenzione delle parti, debba poi riguardarsi come *nullo per vizio di forma*, se non è dimostrato prima che la forma solenne sia necessaria anche per quel contratto, non ostante la specie onerosa sotto cui le parti lo stipularono? E quando si dice che col ritener valida la liberalità celata sotto l'apparenza di contratto oneroso, si attribuisce alla simulazione l'effetto di convalidare un atto per se medesimo nullo, anzichè limitarsi ad applicare la massima, che la simulazione non è per se stessa una causa di nullità, non si suppone forse come già accertata la nullità dell'atto di liberalità simulato, solo perchè non è rivestito delle forme solenni d'una donazione vera e propria? E quando si nega potersi invocare la massima, che è lecito fare *indirettamente* ciò che si potrebbe *direttamente*, osservando che ciò ch'è permesso di fare direttamente, non è il *donare semplicemente*, ma il *donare colle solennità richieste*, non è di nuovo la necessità

di queste forme solenni anche per le liberalità dissimulate sotto apparenza di titolo oneroso, che si suppone già stabilita?

Così, a senso nostro, tutta la questione deve ridursi in ultimo a questo solo punto; se per diritto positivo — e presso noi, pel disposto dall'articolo 1056 del Codice civile — la forma solenne debba ritenersi richiesta pei soli atti formali di donazione vera e propria, o si estenda eziandio alle liberalità contenute in atti apparentemente a titolo oneroso; e su questo punto non ci sembra che le argomentazioni addotte contro l'opinione più generalmente ricevuta, concludano ad una dimostrazione efficace. Già abbiamo esposte in proposito alcune riflessioni, dalle quali abbiamo reputato potersi dedurre al contrario che la forma solenne sia prescritta pei soli atti formali di donazione vera e propria, nè possa estendersi ad altri modi di liberalità, e nemmeno a quelle che siano fatte sotto forma simulata di contratti a titolo oneroso. E ciò crediamo di potere raffermare con altre considerazioni ancora.

Intorno ai motivi, che determinarono il legislatore a prescrivere le solennità delle donazioni, gli autori non esprimono opinioni perfettamente concordi. Qualcuno riferisce questo rigore principalmente allo scopo, che il legislatore sarebbesi prefisso, di *assicurare l'irrevocabilità delle donazioni* (1), ricordando ciò che diceva l'oratore del Governo nella discussione del Codice francese " che non si dovesse " lasciare in potere dell'una o dell'altra delle parti, di ridurre " al nulla la donazione, sopprimendo l'atto che ne contiene " la prova ". Ma perchè sarebbe da tutelarsi l'irrevocabilità delle donazioni più che di qualunque altro atto traslativo di proprietà?

Altri fa invece dipendere la disposizione, che impone la forma solenne come condizione di essenza delle donazioni, dallo sfavore, con cui sono riguardate, come pre-

---

(1) V. Demolombe, t. XX, n. 8.

giudizievoli alle famiglie; pel che, non potendosi vietarle assolutamente, si sarebbe cercato di renderle almeno più difficili (1).

Ma all'interesse delle famiglie provvede la legge colla istituzione della *legittima*. E perchè dunque si dovrebbero studiare ed attuare mezzi indiretti per impedire ai privati l'esercizio libero di quella facoltà, che loro si riconosce, di poter disporre entro certi limiti dei propri beni? (2).

Altri infine reputò che certe forme essenziali siano state imposte per le donazioni, a causa della loro importanza, e per garentire la piena libertà e sincerità della determinazione del donante (3); e questa pare la ragion vera, su cui si fonda la disposizione della legge; ragione, del resto, che è presa in considerazione anche da alcuni degli autori che ne assegnano altre come principali.

A questo concetto sembra che siasi pure ispirato il Codice italiano nel riprodurre sostanzialmente coll'art. 1056 la disposizione del 931 del Codice francese, stabilendo che " tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per " atto pubblico, altrimenti sono nulli ".

Infatti, rendendo ragione di ciò, il ministro proponente il progetto del Codice diceva:

" La donazione deve farsi per atto pubblico. Questa " forma sta in correlazione a quella richiesta nelle con- " venzioni matrimoniali, nelle quali generalmente, se non " esclusivamente, avvengono le donazioni. *L' intervento* " *del pubblico uffiziale può essere inoltre una maggior ga-* " *rantìa per il donante contro qualsiasi violenza e sor-* " *presa* " (4).

Lo stesso concetto era svolto più spiccatamente ancora nella relazione della Commissione senatoria, la quale, ri-

---

(1) V. Laurent, t. XII, n. 221.

(2) V. Toullier, t. III, n. 168; Duranton, t. VIII, n. 382.

(3) V. Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, n. 1036.

(4) V. *Relazione* Pisanelli, sul progetto del terzo libro del Codice civile, pag. 30.

cordato il diritto giustinianeo, che aveva sciolte da ogni vincolo di forme speciali le donazioni, salvo l'obbligo della insinuazione nell'ufficio del censo o negli atti del giudice per quelle che eccedessero la somma di *cinquecento solidi*, osservava; " che tale sistema meritò severa " censura dai più gravi interpreti del diritto romano, " infra i quali il Cuiacio, repulandosi quel sistema in- " consulto e pericoloso, in quanto *mal provvedeva alla* " *importanza suprema di un atto gravissimo tra gli atti* " *della vita civile, e che bene spesso può essere il frutto della* " *imprevidenza e della leggerezza di chi lo compie sotto* " *l'impero delle seduzioni e degli artifizi di chi ne trae* " *profitto* ".

E proseguiva poi a parlare del sistema opposto adottato in qualcuno dei Codici italiani moltiplicando le forme da osservarsi negli atti di donazione; e lo stigmatizzava come " peccante evidentemente di esagerazione oltrespinta " della protezione legislativa, il che ripugna ai buoni prin- " cipii " (1).

Ci par dunque di non azzardare affermando, che nello spirito della legislazione nostra la disposizione, per la quale è richiesta ad essenza degli atti di donazione la forma dell'atto pubblico, ha per fine la protezione del donante dalla imprudenza o dalla leggerezza, che potesse indurlo a spogliarsi gratuitamente della proprietà dei suoi beni, dalle seduzioni e dagli artifizi, di cui potrebbe essere vittima da parte di chi volesse abusare della sua liberalità.

Da questo punto di vista pensiamo potersi giustificare maggiormente la massima, che non sia estendibile alle liberalità coperte sotto la forma simulata di contratti a titolo oneroso quella prescrizione rigorosa di forme, che il testo della legge ha stabilita pei soli *atti di donazione*. La protezione legislativa è qui rivolta a favore, non di persone

---

(1) V. *Relazione* Vacca, pag. 24, 25.

incapaci, ma di persone che godono della piena e libera facoltà di disporre dei loro beni. Che nondimeno, atteso alla importanza dell'atto, ed alla natura sua, che presta incentivo alla cupidigia, e facilità agli abusi della liberalità, della buona fede, e dell'imprudenza altrui, si spieghi la protezione della legge col prescrivere a pena di nullità degli atti di donazione una forma, la quale si reputa offrire guarentigie sufficienti contro i notati pericoli, può essere compreso e giustificato. Ma, come notavasi nella relazione senatoria, non deve poi codesta protezione legislativa essere spinta oltre i giusti limiti. È già molto il concederla — fino a proclamare la nullità dell'atto, in cui quella forma solenne non sia osservata — a chi, volendo usare liberalità ad altri, lo faccia in modo formale, con un *atto di donazione*, nel senso vero e proprio della parola. E trattandosi di persona capace a disporre dei propri beni, si salverà essa facilmente dai pericoli di seduzioni e raggiri altrui col non consentire a donare, se non mediante atto formale di donazione vera e propria. Chè se invece usa essa medesima l'artifizio di celare sotto l'apparenza d'un contratto oneroso la liberalità che intende di fare, dimostra con ciò di avere nell'atto che compie, e nella forma che sceglie, piena libertà d'azione, e di essere determinata alla simulazione da motivi particolari, estranei all' idea di frodi e macchinazioni del beneficato. Le arti di costui non potrebbero certamente indurla con altrettanta facilità a coprire la liberalità, che le sia chiesta, sotto una forma simulata, come potrebbero indurla a fare un vero atto di donazione nella semplice forma d'una scrittura privata, se ciò fosse permesso.

Lo scopo della legge è dunque ottenuto col sottoporre alla forma essenziale dell' atto pubblico gli atti formali di donazione vera e propria, senza estendere il rigore di una tale disposizione a tutti gli atti di liberalità travisati sotto l'apparenza di contratti a titolo oneroso.

Nella giurisprudenza nostra trovansi alcune decisioni, nelle quali sarebbesi ritenuta una massima contraria a quella da noi preferita (1).

È da osservarsi però che nel caso, su cui furono proferite le ultime due decisioni sopra citate, trattavasi di donazione fatta durante il matrimonio da un coniuge all'altro, e regolata dal Codice civile parmense; il quale, permettendo tali donazioni, le assoggettava a speciali formalità, oltre quella dell'atto notarile, da osservarsi sotto pena di nullità. E le Corti di appello e di cassazione considerarono, che la simulazione, colla quale era stata nella specie del caso coperta una donazione fra coniugi sotto la falsa apparenza di una vendita, fosse diretta ad eludere una legge di ordine pubblico e riguardante la capacità personale, qual era quella che prescriveva per tali donazioni speciali forme solenni. La Cassazione di Torino diceva in proposito:

" Che male s'invoca la giurisprudenza francese, onde " si ammette come valida la donazione fatta sotto un " titolo diverso fra persone capaci di dare e di ricevere, " *nel qual caso non s'incontrerebbe un diretto impedimento* " *d'ordine pubblico; quando che, invece, un tale impedimento* " *si verifica nelle donazioni tra marito e moglie* ".

Non sembra dunque che la massima proclamata per un caso speciale, com'era questo, in applicazione d'una legge diversa da quella attualmente in vigore, possa essere invocata come generale, e da osservarsi parimente sotto il Codice italiano; tanto più, che la stessa decisione della Cassazione torinese riconosceva ben fondata la giurisprudenza francese nell'ammettere la validità delle donazioni fatte sotto la forma simulata di contratto oneroso, non ostante la disposizione dell'articolo 931 del Codice Napo-

(1) V. decisioni della Corte d'appello di Brescia, 29 luglio 1868 (*Ann. di giurispr.*, III, 2, 525); della Corte d'appello di Parma, 2 maggio 1873 (*Giur. Ital.*, XXV, II, 336); della Corte di cassazione di Torino, 20 marzo 1874 (*Giurispr. Ital.*, XXVI, I, 8).

leone, corrispondente nella sostanza all'articolo 1056 del Codice italiano.

Escluso, come a noi sembra per le ragioni sovra esposte, che l'essersi omesse le forme solenni, basti a rendere nulle le donazioni dissimulate, occorre ora di esaminare da quali altre cause possa derivare la nullità di esse, e in genere degli atti infetti di simulazione.

Intorno a ciò conviene rammentare, che la simulazione non è per sè stessa una causa di nullità, e che all'atto simulato sono da applicarsi, quanto alle forme estrinseche le norme relative all'atto apparente; quanto alle condizioni intrinseche di validità, alla sostanza ed agli effetti giuridici, le regole proprie dell'atto che le parti hanno realmente inteso di fare.

Da questi principii deriva naturalmente, che l'atto contenente simulazione non sia da riguardarsi come nullo, se non quando all'atto, che sia stato veramente nell'intenzione delle parti, osti appunto qualche causa intrinseca di nullità, ad evitare la quale sia stata diretta la simulazione.

Così, se siasi voluto fare una convenzione od una disposizione, a cui si opponga una legge proibitiva, o l'ordine pubblico, od il buon costume, quella convenzione o disposizione sarà nulla, nonostantechè sia stata travisata sotto la falsa apparenza di un atto non contrario alla legge, nè all'ordine pubblico, nè al buon costume. Se una donazione sia stata coperta sotto la forma simulata di contratto a titolo oneroso, per frodare la disposizione della legge, che vieti ad una delle parti di donare, od all'altra di ricevere per donazione da quella, il contratto apparente non avrà esistenza giuridica, e l'atto vero sarà nullo, non potendo valere a salvarlo dagli effetti della legge proibitiva la simulazione fraudolenta, con cui gli sia stata data una falsa forma (articolo 1055 Cod. civ. e argomento da esso) (1). Se in un atto portante obbligazione sia stata espressa una *causa non vera*, ciò però non basterà a ren-

(1) V. Laurent, t. XI, n. 390.

dere inefficace l'obbligazione stessa, nonostante che l'articolo 1119 del Codice civile dichiari di niun effetto quella che sia *senza causa* o sia *fondata sopra una causa falsa od illecita*. Ma ciò che ivi è detto della *causa falsa* è riferibile alla *causa erronea*, supposta cioè dalle parti, ma non esistente. Quanto alla simulazione della causa d'obbligazione, se vi esista realmente un'altra causa giuridicamente sufficiente e lecita, l'obbligazione può e deve essere riguardata come esistente e valida, applicandosi anche in ciò il principio, che nei contratti e negli atti debbasi stare a quello che le parti abbiano realmente voluto ed operato, anzichè a quello che sia stato da esse espresso: " In contractibus " rei veritas potius, quam scriptura perspici debet „. " Si " quis gestum a se, alium egisse scribi fecerit, plus actum, " quam scriptura valet „ (L. 1, 4, C. Lib. IV, Tit. XXII). Nè può nuocere alla validità del contratto o dell'atto il non trovarvisi indicata la causa vera, non essendo necessario che sia espressa (art. 1120 Cod. civ.). Tutto quindi si riduce a questione di prova intorno alla simulazione della causa espressa, ed alla esistenza di un'altra causa vera e lecita d'obbligazione. Intorno a che ci riserbiamo di esaminare appresso a chi debba incombere l'onere delle prove relative, e quali mezzi siano all'uopo proponibili.

Frattanto però, da quanto abbiam detto, possiamo conchiudere, che supponendo provata da una parte la simulazione della causa di obbligazione indicata nel contratto o nell'atto, e provata dall'altra parte l'esistenza d'una causa diversa, giuridicamente sufficiente e lecita, perchè non contraria alla legge, nè al buon costume, nè all'ordine pubblico (art. 1122 Cod. civ.), l'obbligazione avrà la sua piena efficacia giuridica (1). Ma se, all'opposto, non esista, od almeno non sia provata alcun'altra causa dell'obbligazione

(1) V. decisione della Cassazione di Napoli, 18 luglio 1879 (*Gazzetta del Procuratore*, XI, 448).

contratta, o se quella causa che sia provata si trovi contraria alla legge, al buon costume od all'ordine pubblico, l'obbligazione non *potrà avere alcun effetto* — come è espresso nell'art. 1119 Cod. civ. — perchè tale obbligazione sarà *mancante di causa* (1) o *fondata sopra una causa illecita*. Inoltre può avvenir caso che la causa dell'obbligazione non potendo dirsi propriamente *illecita*, nondimeno provata la simulazione della causa espressa nell'atto, ne derivi l'effetto di dover riguardare come una semplice obbligazione naturale, destituita d'ogni azione civile, quella che risulta dall'atto medesimo; perchè lo scopo della simulazione sia stato appunto di attribuire al creditore l'azione civile, che la legge, per motivi d'ordine pubblico, gli negava.

Il debito di giuoco o di scommessa non ha una causa che possa dirsi veramente illecita come contraria alla legge; la quale infatti nega l'azione in ripetizione d'indebito al perdente, che abbia volontariamente pagato (art. 1804 Cod. civ.), e solo per motivi di moralità, di pace e d'ordine delle famiglie, e quindi d'interesse sociale, *non accorda veruna azione pel pagamento* di tali debiti, riducendoli così alla condizione di semplici obbligazioni naturali (art. 1802 Cod. civ.). Or se taluno, in seguito a perdita di giuoco o di scommessa, sottoscriva un atto d'obbligazione, da cui ne faccia apparire simulatamente una causa diversa, lecita e suscettibile di dar luogo ad azione civile, dalla prova della simulazione, e della causa vera d'obbligazione, risulterà manifesto l'intendimento di eludere una legge d'ordine pubblico, quale è l'articolo 1802 sopra citato; e ciò basterà — quantunque non si tratti d'una causa veramente illecita di obbligazione — perchè alla frode tentata contro quella disposizione di legge non abbia da attribuirsi alcun effetto; perchè il debitore conservi, nonostante quella simulazione,

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Napoli, 11 febbraio 1870 (*Gazzetta del Procuratore*, VI, 50).

l'eccezione concessagli dall'articolo 1802 predetto, contro l'azione intentata dal creditore (1).

Altre volte — e ciò si verifica nel maggior numero dei casi — l'allegazione e la prova della simulazione non è diretta a farne risultare la nullità dell'atto contestato, ma solo a rimuoverne il carattere apparente, ed a far qualificare l'atto medesimo, e farne determinare gli effetti giuridici, secondo la vera natura sua.

Per esempio, la simulazione, con cui siasi data la falsa apparenza di contratto oneroso ad una donazione, potrà essere addotta e dimostrata allo scopo di proporre la rivocazione per sopravvenienza di figli, a senso dell'articolo 1083 Cod. civ., o di obbligare il figlio o discendente a conferire ai coeredi, suoi fratelli o sorelle, o loro discendenti, ciò che ha ricevuto per questa liberalità dissimulata; in obbedienza al disposto dell'art. 1001 Cod. civ.

È vietato, sotto pena di nullità, di rinunziare espressamente al diritto di rivocare la donazione per la sopravvenienza di figli (art. 1084 Cod. civ.); non può dunque esser lecito nemmeno di rinunziarvi indirettamente, dando all'atto di liberalità un'apparenza diversa; e provata che sia la simulazione, provato che l'atto era veramente di donazione, gli effetti debbono determinarsene secondo la vera natura sua, ed è quindi da ritenersi revocabile la liberalità qualora al donante sopravvengano figli; tanto più che la revocabilità non è stabilita soltanto per l'interesse personale del donante, ma per quello ancora dei figli di lui (2).

È questione antica e delle più controverse quella che riguarda l'essere soggette a collazione, o il doversene ritenere esenti, le donazioni travisate sotto la forma di contratti a titolo oneroso. Nè qui certo sarebbe luogo opportuno ad entrare nella discussione di questo grave argomento.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 386, n. 1, n° 11; Laurent, t. XVI, n. 121, p. 167.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 35, n° 6, t. VII, § 709, n. 2, n° 6.

Accenneremo soltanto i diversi sistemi, in cui si divisero a tale proposito la dottrina e la giurisprudenza francese, e la risoluzione che ci sembra da preferirsi secondo il Codice italiano.

Il Codice francese (art. 843) obbligava ogni erede a conferire ai coeredi, con cui concorresse, tutto ciò che avesse personalmente ricevuto a titolo gratuito dal defunto, non solo per *liberalità dirette*, ma eziandio per *vantaggi indiretti*, eccettuato il solo caso di donazioni o di legati fatti *espressamente a titolo di prelegato, od oltre la parte del beneficato, o colla dispensa dalla collazione.*

Era opinione di alcuni, che, a norma della predetta disposizione, le donazioni fatte sotto la falsa apparenza di contratti onerosi fossero da reputarsi soggette anch'esse a collazione, come *liberalità indirette*, nè potesse farsi eccezione, se non nel caso di *espressa dispensa* accordata dal donante. Era insomma la letterale applicazione dell'articolo 843 del Codice Napoleone, che facevasi anche alle liberalità travisate sotto forma di contratti onerosi; e in questa opinione convennero tre grandi giureconsulti, che avevano prima professato la massima contraria (1).

Altri pensavano, all'opposto, che la disposizione dell'art. 843, sotto il nome di *donazioni indirette*, riguardasse soltanto quelle che, sebbene non fatte con atto solenne di donazione, si presentassero però essenzialmente come liberalità, e che le donazioni travisate sotto forma di contratti onerosi *contenessero per la stessa loro natura una dispensa virtuale dalla collazione* (2).

Una terza opinione, consacrata anche dalla giurisprudenza della Cassazione, adottava il temperamento di ri-

(1) V. MERLIN, *Rép.*, v° *Donation*, § V, n. 3; CHABOT, *Comm. des successions*, art. 843, n. 16; GRÉNIER, *Traité des donations*, t. II, n. 513, 518, 519; DURANTON, t. VII, n. 326; DEMOLOMBE, t. XVI, n. 253; LAURENT, t. X, n. 581, ss.

(2) V. TOULLIER, t. II, n. 474; VAZEILLE, *Res. sur les successions, don. et testam.*, t. II, art. 843, n. 5; MALPEL, *Traité élém. des success.*, n. 266; MARCADÉ, art. 851, §§ I, III, V, t. III, n. 329, 331, 334.

tenere in massima soggette a collazione anche le liberalità fatte sotto la forma di contratti a titolo oneroso; ammettendo nondimeno che il fatto stesso del travisamento potesse costituire una *presunzione di fatto*, che il donante avesse inteso dispensare il donatario dalla collazione, e questa, congiunta ad altre presunzioni di fatto, gravi, concordanti, e il cui apprezzamento apparterrebbe incensurabilmente ai giudici del merito, potessero dar luogo ad ammettere in favore del beneficato una tale dispensa (1).

In fine vi è ancora un'altra teorica, la quale sostiene non potersi in via di regola ritener soggette a collazione le liberalità travisate sotto forma onerosa, dovendosi riguardare come insita alla loro stessa natura la dispensa virtuale dal conferimento; e solo potersi questo esigere eccezionalmente, qualora le parti interessate riescano a provare, non solo la simulazione, ma inoltre che la collazione sia stata imposta dal donante, ed accettata dal donatario, come condizione della donazione; perchè in tal caso questo ultimo *abuserebbe della simulazione rifiutandosi all'adempimento della corrispondente obbligazione da lui assunta* (2).

Tra le altre differenze, che si riscontrano in questa materia fra le disposizioni del Codice francese e quelle del Codice italiano, vi ha pur questa; che non è ripetuto nell'art. 1001 del nostro, ciò ch'era detto nell'843 del francese, dovere la dichiarazione di dispensa dalla collazione esser fatta *espressamente*, ma si eccettua con termini generici *il caso che il donante abbia altrimenti disposto*. Ciò toglie evidentemente di mezzo uno dei più gravi ostacoli, che si opponevano ad ammettere che il travisamento d'una liberalità sotto forma di contratto oneroso potesse valere come contenente *dispensa virtuale dalla collazione*. D'altro lato però il riguardare quel travisamento come arrecante per sè solo codesta virtuale dispensa equivarrebbe ad eri-

---

(1) V. Troplong, *Des donations entre-vifs et des testam.*, t. II, n. 863.
(2) V. Aubry e Rau, t. VI, § 632, nº 17.

gerlo in *presunzione legale* della volontà conforme del donante. Ora, una presunzione legale non è concepibile senza una disposizione di legge che la stabilisca; mentre nell'art. 1001, nè in altre delle disposizioni del nostro Codice relative alla collazione, non ne troviamo traccia alcuna. Il fatto d'avere dissimulata sotto l'apparenza di contratto oneroso una liberalità, non può dunque considerarsi che come una *presunzione di fatto*, la quale congiunta ad altre, gravi, precise e concordanti, può determinare la prudente convinzione del giudice, che sia stata intenzione del donante di dispensare il donatario dalla collazione (art. 1354 Cod. civ.). Nè un tal mezzo di prova sarebbe da riguardarsi come inammissibile in questa materia, secondo la legge nostra, la quale non richiede, come il Codice francese, che la dispensa dalla collazione sia *espressa*.

Ecco perchè riteniamo adottabile a preferenza, presso noi, la terza delle opinioni che abbiamo sopra riferite, e che è prevalente nella giurisprudenza francese. Ed ecco altresì in qual senso abbiam detto potersi, a termini dell'art. 1001 Cod. civ., addurre e provare la simulazione allo scopo di ottenere da un coerede il conferimento di ciò che abbia ricevuto dal defunto per donazione coperta sotto l'apparenza di contratto a titolo oneroso. Non intendiamo, cioè, che provata una tale simulazione, ne risulti senz'altro e indeclinabilmente l'obbligo del coerede di conferire ciò che abbia ricevuto sotto quella falsa forma; ma neppure pensiamo, al contrario, che nelle donazioni travisate sia necessariamente insita una dispensa virtuale dalla collazione; solo crediamo che il fatto della simulazione possa essere assunto come uno degli elementi di presunzione dell'uomo per accertare la volontà del donante di concedere al donatario una tale dispensa, completando poi la prova con altri mezzi, a senso del citato art. 1354 Cod. civ. (1).

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Napoli, 26 marzo 1870 (*Annali di Giurispr.*, IV, I, 177).

Altro esempio di simulazione, che può essere allegata e provata, non allo scopo di far annullare l'atto come simulato, ma di farne determinare gli effetti secondo la natura di ciò che le parti hanno veramente avuto intenzione di fare, si ha nel caso che un legittimario, allo scopo di far valere intieramente i propri diritti di riserva nella successione a cui è chiamato, impugni un atto fatto dal proprio autore a titolo apparentemente oneroso; allegando che sotto questa forma simulata siasi coperta una donazione eccedente la porzione disponibile, in frode perciò delle disposizioni di legge riguardanti la legittima. È certo allora, che queste disposizioni avendo per sola e naturale sanzione il doversi ridurre le donazioni, che al tempo della morte del donante si riconoscano eccedenti la porzione dei beni di cui egli poteva disporre a norma di legge (art. 1091 Cod. civ.), l'esser provata la simulazione dell'atto apparentemente oneroso, e l'esistenza d'una vera donazione sotto quella falsa apparenza, non può avere altro maggiore effetto che d'impedire la frode, e costringere alla sincera osservanza della legge, assoggettando a riduzione la liberalità eccessiva. Il pretendere di più, e provocare la dichiarazione di nullità dell'atto simulato, non avrebbe alcun fondamento; poichè non vi è legge che pronunci una tale nullità contro le donazioni, le quali eccedano la porzione disponibile, neppure nel caso che esse siano fatte sotto una forma simulata (1).

Non può dirsi altrettanto del caso ben diverso, in cui la simulazione sia da ritenersi diretta ad eludere le disposizioni di legge, che limitano in certi casi la capacità di determinate persone a ricevere per donazione da alcune altre; che vietano ai figli nati fuori di matrimonio, dei quali non è ammesso il riconoscimento legale, di conseguire, per liberalità testamentaria o per atto fra vivi dei loro genitori, altro che i semplici alimenti; ai figli naturali

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 35, nº 7, t. VII, § 683, nº 7.

non legittimati, in concorso di discendenti od ascendenti legittimi, di ottenere più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata; ad un coniuge, di ricevere dall'altro coniuge binubo una porzione di beni maggiore di quella ch'egli abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio (art. 1053 combinato cogli articoli 767, 768, 770 Cod. civ.). Le donazioni, che siano fatte *sotto apparenza di contratto oneroso*, in frode delle citate disposizioni di legge, non sono solamente soggette *a riduzione* in quanto eccedano il limite da tali disposizioni stabilito a quelle liberalità, ma rimangono totalmente prive di effetto, in forza dell'art. 1055, che dichiara *nulla, ancorchè fatta sotto apparenza di contratto oneroso, qualunque donazione a vantaggio di persona incapace*, senza distinguere se tale incapacità sia *totale* o *parziale;* come l'art. 773 dichiara parimente nulle le disposizioni testamentarie a vantaggio delle persone incapaci indicate negli art. 767 al 772, ancorchè vengano simulate sotto la forma di contratti onerosi. È questo, pertanto, un caso speciale, in cui la simulazione produce una nullità più estesa di quella ad evitare la quale era diretta; fa luogo, cioè, ad esser nullo intieramente l'atto, che le parti abbiano travisato sotto una falsa apparenza, benchè quell'atto medesimo avesse potuto essere efficace in parte, se fosse stato fatto apertamente, senza simulazione. Della quale più rigorosa sanzione di queste disposizioni proibitive si scorge facilmente il motivo, che pienamente la giustifica; perchè la frode alla legge sarebbe stata incoraggita, anzichè difficoltata, qualora tutto si limitasse, in caso di scoperta e di prova della simulazione, a trattare l'atto come se fosse stato fatto palesemente e senza frode; avendo allora le parti tutto l'interesse a praticare una simulazione, la quale se rimanesse occulta, farebbe conseguire lo scopo di eludere la legge proibitiva: se venisse scoperta, lascierebbe tuttavia luogo a tutto quello ch'era permesso di fare apertamente e lealmente.

Ci sembra perciò da adottarsi in questa grave questione la massima, che prevaleva nella dottrina e nella giurisprudenza francese (1), quantunque non mancassero autorevoli opinioni nel senso contrario, che le donazioni fatte sotto apparenza di contratti onerosi a vantaggio di persone, le quali solo parzialmente fossero incapaci di ricevere, non dovessero riguardarsi come totalmente nulle, ma solo come *riducibili* (2).

Un altro esempio di simulazione allegabile pel solo fine di far determinare gli effetti d'un atto secondo la vera natura sua, non già di provocarne l'annullazione, suolsi indicare nel caso dei creditori d'una delle parti contraenti, i quali contestino il carattere apparente di un atto fatto in frode dei loro diritti. Intorno a ciò, per altro, interessa di stabilire chiaramente le idee, per non cadere in equivoci, che potrebbero essere causa di errori.

Possono verificarsi tre situazioni ben diverse da quella che ora dobbiamo figurare, e colla quale importa grandemente di non confonderle.

Può darsi che un debitore abbia compiuto un atto vero e reale, non contenente alcuna simulazione, ma diretto a frodare le ragioni dei suoi creditori. Allora — come già abbiam notato — non è di un'azione per simulazione, che debba trattarsi, ma dell'*azione revocatoria*, esperibile dai creditori in proprio nome, sotto le condizioni determinate dall'art. 1235 Cod. civ. (3).

Può darsi che vi sia stata simulazione, ma consistente nel fingere un atto, che non prendeva in realtà alcuna

---

(1) V. Toullier, t. V, n. 901; Delvincourt, t. II, pag. 113, nª 8; Grénier, *Traité des don. et des test.*, t. IV, n. 691; Marcadé, art. 1099, §§ I, II, t. IV, n. 355, 356; Troplong, *Des don. entre-vifs et des testam.*, t. IV, n. 2742, 2743; Demolombe, t. XXIII, n. 611-614; Aubry e Rau, t. I, § 35, nª 4, t. VII, § 690, nª 24; Laurent, t. XV, n. 404-408.

(2) V. Duranton, t. IX, n. 831; Coin-Delisle, *Don. et testam.*, art. 1099, n. 14-26; Poujol, *Traité des don. entre-vifs et des testam.*, t. II, p. 592; Malpel, *Traité élém. des success.*, n. 266; Vazeille, *Résumé sur les success. don. et testam.*, art. 1099, n. 16.

(3) V. sopra, n. 90, pag. 421-423.

vita pel volere delle parti, nè nella forma sua apparente, nè in altro senso a cui le parti medesime avessero acconsentito. Ed allora neppure può parlarsi di vera azione per simulazione; ma l'atto è *inesistente giuridicamente*, e questa inesistenza può essere allegata dai creditori di chi ha compiuto quell'atto apparente, come da chiunque altro vi abbia interesse, senza che sia necessario il concorso dei requisiti imposti dall'art. 1235 Cod. civ., nè d'altre condizioni speciali.

Così, se il debitore abbia realmente venduti certi suoi beni per sottrarli alle azioni dei creditori, questi potranno impugnare la vendita giovandosi dell'azione concessa dall'art. 1235, purchè però i loro crediti siano anteriori all'atto impugnato, purchè provino che la vendita di quei beni abbia cagionata od aumentata la insolvenza del debitore, purchè provino che anche il compratore sia stato partecipe della frode. Se invece il debitore abbia simulato una vendita di beni, per sottrarli alle azioni dei propri creditori, procurandosi dall'apparente compratore una controdichiarazione constatante che la vendita è fittizia, i creditori medesimi potranno addurre la inesistenza giuridica dell'apparente alienazione, allo scopo di esercitare su quei beni le loro azioni; ancorchè i loro crediti siano di data posteriore all'atto impugnato, senza bisogno di provare la insolvenza del debitore, dovendo dimostrare la simulazione, e non altro (1).

Può darsi, in terzo luogo, che un atto siasi realmente compiuto, ma travisandolo sotto una falsa apparenza, senzachè per altro ciò si facesse a scopo di frode in danno delle ragioni dei creditori. Questi allora potranno addurre e provare la simulazione, allo scopo d'impedire che l'altra parte contraente abusi del carattere apparente dell'atto; ma lo potranno, non in nome proprio, bensì in nome del loro debitore stesso, giovandosi dell'*azione surrogatoria*

(1) V. Laurent, t. XVI, n. 497.

ammessa dall'art. 1234 del Codice civile. Pongasi, per esempio, che per un motivo qualunque, estraneo all'intendimento di frodare le ragioni dei creditori, il debitore abbia finta la vendita di un fondo, che in realtà dava soltanto ad affitto. I creditori non hanno l'*azione revocatoria*, a senso dell'art. 1235, non trattandosi di atto fatto in frode delle loro ragioni; non possono addurre l'inesistenza giuridica del contratto, perchè realmente vi è stato il consenso delle parti sopra un oggetto d'interesse giuridico, benchè diverso da quello che si faceva apparire; non possono neppure impugnare quell'atto in nome proprio, allegando la simulazione con cui gli fu data l'apparenza di un carattere che in realtà non aveva, poichè, come supponiamo, nel far ciò non si era offesa alcuna ragione legittima che appartenesse in proprio ai creditori medesimi. Resta dunque soltanto ch'essi possano esercitare in nome del loro debitore stesso l'azione a lui spettante, come appresso vedremo, per costringere l'altra parte, che contrattò con lui, ad eseguire la convenzione, secondo gli effetti che dovevano derivarne in virtù del carattere, che veramente si era voluto attribuirle.

Ma qui dobbiamo figurare un caso diverso; di frode fatta alle ragioni dei creditori col simulare una convenzione in tutto o in parte diversa da quella ch'è realmente intervenuta fra le parti. Il debitore, per esempio, ha stipulata un'apparente vendita di un immobile, nell'intento di sottrarlo alle azioni dei propri creditori, mentre in realtà aveva convenuto di darlo semplicemente in anticresi; ovvero ha preso in affitto da altri un fondo, facendo figurare nel contratto d'essersi obbligato a pagare una pensione superiore a quella realmente convenuta, allo scopo di attribuire al locatore il privilegio stabilito dall'art. 1958, n° 3° Cod. civ., per somme maggiori di quelle effettivamente dovute, in danno degli altri suoi creditori. Questi non possono certamente allegare l'*inesistenza giuridica* del contratto; non è il caso di esercitare l'*azione revocatoria*

sotto le condizioni stabilite dall'art. 1235, non trattandosi di un contratto che non contenga simulazione, e solamente sia fatto in frode delle ragioni dei creditori; neppure è il caso della semplice *azione surrogatoria*, contemplata nell'art. 1234 Cod. civ., la quale non essendo esercibile che in luogo e vece del debitore, che trascuri o si rifiuti di agire, ed *in nome di lui*, potrebb'essere impedita da una rinuncia ch'egli facesse al proprio diritto. Ma nell'ipotesi ora figurata, trattandosi d'impugnare una simulazione fatta in pregiudizio ed in frode dei creditori, essi possono — com'è evidente — *agire in proprio nome;* e non ostante qualunque rinuncia del debitore, chiedere che sia dichiarato simulato l'atto da lui compiuto; che sia riconosciuto non essere che un semplice contratto di anticresi l'apparente vendita dei beni del debitore, i quali perciò debbano rimanere soggetti alle loro azioni; che sia stabilito il vero prezzo d'affitto dei beni presi in locazione dal loro debitore, e si dichiari quindi limitato il privilegio del locatore alla somma realmente dovutagli.

Ciò tutto potranno domandare i creditori, ai cui diritti potrebb'essere pregiudizievole l'esecuzione dell'atto simulato; senza che siano tenuti a provare che l'atto medesimo abbia cagionata od aggravata l'insolvenza del debitore; e senza distinguere se i loro crediti siano di data anteriore o posteriore all'atto impugnato; perchè non è all'azione revocatoria, stabilita dall'art. 1235 Cod. civ., che siano costretti a ricorrere, e basta che l'addotta simulazione dell'atto fatto dal loro debitore possa essere pregiudizievole ai loro diritti, perchè abbiano interesse legittimo a proporre in giudizio la prova della simulazione stessa, e chiedere che ne siano rimossi gli effetti (1).

L'azione proposta per far dichiarare la simulazione di un atto, non può mai confondersi colle azioni di nullità vere e proprie; neppure nei casi in cui, come abbiamo di-

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 35, n° 8, t. IV, § 313, 5°, n° 49; Laurent, loc. cit.

mostrato in questo stesso numero, dalla dichiarazione della simulazione abbia a derivare come conseguenza la nullità dell'atto dissimulato sotto una falsa apparenza, perchè ad esso osti qualche causa intrinseca di nullità, ad evitare la quale appunto sia stata diretta la simulazione. Lo scopo e l'oggetto dell'azione anche in tali casi consiste infatti unicamente nel far riconoscere e dichiarare giudizialmente la vera natura e il carattere giuridico dell'atto, secondo la intenzione che le parti hanno avuta nel formarlo. Che poi dal ristabilirsi la verità circa il carattere giuridico dell'atto, ne segua la nullità di esso, perchè come le parti lo hanno voluto non possa avere efficacia, è una circostanza contingente, è un semplice effetto, che in alcuni casi si verifica, in altri no, e non può servire a caratterizzare l'azione. Da ciò segue che ad essa non siano applicabili le regole particolari esclusivamente concernenti le azioni di nullità, e specialmente quella relativa alla prescrizione più breve dell'ordinaria, a cui tali azioni sono soggette (art. 1300 Cod. civ.). Ed è perciò che la dottrina è concorde nel ritenere, che alle azioni per far dichiarare la simulazione di atti sia da applicarsi unicamente la prescrizione ordinaria di trent'anni, non la più breve stabilita per le azioni di nullità (1); e che una tal massima fu pure ripetutamente consacrata dalla giurisprudenza delle nostre Corti (2).

92. Da quanto abbiamo detto nell'altro numero si può dedurre a quali persone sia lecito impugnare un atto per simulazione; sia allo scopo di farlo dichiarare improduttivo di effetti giuridici, sia a quello di farne determi-

---

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, art. 1304, n. 59; Aubry e Rau, t. IV, § 339, n. 2, n° 28; Laurent, t. XIX, n. 33.

(2) V. decisioni della Corte di cassazione di Napoli, 24 luglio 1866 (*Annali di Giurispr.*, I, 1, 303); della Corte d'appello di Napoli, 30 novembre 1874 (*Giurispr. Ital.*, XXVII, 1, 2, 102); della Corte di cassazione di Roma, 11 marzo 1878 (*Giurispr. Ital*, XXX, 1, 1, 347).

nare gli effetti veri, secondo il carattere che le parti contraenti hanno inteso di attribuirgli. Sono le parti medesime; gli eredi di esse, talvolta come loro rappresentanti, tal altra anche in proprio; o i terzi, che abbiano interesse legittimo a far accertare e dichiarare la simulazione a cagione di diritti ad essi spettanti, ed ai quali la simulazione abbia avuto per fine od abbia per effetto di pregiudicare; od infine i creditori d'uno dei contraenti o del disponente, sia mediante l'*azione surrogatoria*, sia anche *in nome proprio*.

La prima però di queste proposizioni è stata contraddetta. La giurisprudenza francese annovera non poche sentenze, colle quali furono dichiarate non ricevibili le azioni o le eccezioni proposte dalle parti contraenti, e dirette ad impugnare per simulazione gli atti, a cui le parti medesime abbiano volontariamente acconsentito (1), ed anche presso noi non è mancata qualche decisione, che ha proclamata la stessa massima (2).

Un celebre giureconsulto, riferendo da un lato questa opinione, e dall'altro l'opposta, secondo cui la simulazione potrebbe almeno esser dedotta sotto forma di eccezione, osservava: " scorgersi facilmente che una regola generale " trarrebbe seco molti abusi; doversi pertanto distinguere " fra le diverse persone, che si facciano un mezzo dell'atto " simulato, e le diverse prove proponibili per accertare la " simulazione „; non esser dubbio, che qualora la simulazione di un atto risulti da un altro emanato dalle medesime parti, possa quest'ultimo atto essere opposto al primo; ma in mancanza d'una *controdichiarazione*, non essere ammissibile la prova testimoniale, che verrebbe *contro il contenuto d'un atto scritto*, a meno che vi fosse un *principio di prova per iscritto;* in ogni caso poi potersi sempre, da chi pretende che un atto sia simulato, deferire alla parte

(1) V. *Journal du Palais; Répertoire général*, t. XI, v° *Simulation*, n. 24.
(2) V. decisione della Corte di cassazione di Napoli, 18 marzo 1876 (*Giornale dei Tribunali*, V, 477).

avversaria il giuramento sulla sincerità dell'atto medesimo (1).

È chiaro tuttavia che questa dottrina riesce in ultimo a risolvere favorevolmente il dubbio, se le parti stesse possano allegare, l'una contro l'altra, la simulazione dell'atto a cui hanno partecipato; poichè riduce tutta la questione *ai mezzi di prova*, che si possano proporre per dimostrare tale simulazione. Così infatti insegnarono altri autori (2); e quegli stessi, che professavano la massima contraria, erano poi costretti a fare parecchie eccezioni, pei casi in cui la parte allegante la simulazione fosse stata vittima del dolo dell'altra, o in cui fosse stata fatta frode ad una legge d'ordine pubblico, o in cui si adducesse un principio di prova per iscritto.

Invero, non sembra possibile negare assolutamente che le parti possano mai allegare la simulazione dell'atto, alla cui formazione hanno concorso. Supposta quella simulazione, che dicono *assoluta*, quando cioè siasi finta una disposizione od una convenzione, alla quale in realtà non si intendeva dare vita giuridica, perchè le parti non volevano veramente fare alcuna disposizione, nè prestar consenso ad assumere una obbligazione qual che si fosse, forsechè chi fece l'apparente atto o contratto potrebb'esser costretto a dargli esecuzione, nonostantechè non abbia mai avuto alcuna esistenza legale, come avverrebbe se gli si negasse di poter opporre la simulazione? E stando anche all'altro caso, della simulazione che dicono *relativa*, quando cioè si è travisato sotto falsa apparenza un atto, che in realtà si volle fare con un carattere giuridico diverso; e supposto che l'atto veramente voluto sia contrario ad una legge proibitiva, od all'ordine pubblico, od al buon costume, od abbia avuto luogo tra persone legalmente incapaci di compierlo con effetti giuridici, o contenga una obbligazione

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Simulation*, § VI.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 35, n° 9, 10.

fondata sopra una causa illecita, o tenda ad eludere la legge che neghi per una data obbligazione l'azione in giudizio; è mai possibile che si interdica alla parte di poter opporre ciò, e la si costringa a dare esecuzione all'atto riprovato dalla legge, a far ciò che torna ad offesa dell'ordine pubblico o della moralità? Parimente, quando una donazione sia stata dissimulata sotto la falsa apparenza d'un contratto a titolo oneroso, ed al donante sopravvengano figli, il negargli di poter addurre e provare la simulazione allo scopo di revocare la liberalità, a norma dell'articolo 1083 del Codice civile, equivarrebbe — come già osservammo — ad ammettere che mentre una rinunzia fatta direttamente alla facoltà della rivocazione non potrebbe avere alcun valore, divenisse invece pienamente efficace qualora fosse fatta col mezzo indiretto della simulazione (1); la qual cosa è di un'assurdità manifesta.

Qualche maggior dubbio potrebbe forse sorgere intorno all'altra ipotesi, che l'una delle parti chieda d'essere ammessa a provare la simulazione dell'atto, al fine d'impedire all'altra parte di abusare del carattere apparente di esso, facendogli produrre effetti diversi da quelli che debbono derivarne, secondo il carattere che i contraenti intesero veramente di attribuirgli. È infatti per questo caso specialmente, che assume una maggiore apparenza di fondamento l'obbiezione, che si fa dagli opinanti in contrario, invocando la massima: *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Senonchè — come osservano i signori Aubry e Rau — è una applicazione erronea, che si fa di questa massima; la quale è allegabile giustamente allorchè una delle parti invochi un fatto turpe rispetto a lei, coll'intento di avvantaggiarsi delle conseguenze che ne deriverebbero; ma non quando, come appunto avverrebbe nel caso attuale, venga addotta la simulazione — supposto pure ch'essa sia sempre da qualificarsi come una turpitudine — all'unico scopo d'im-

(1) V. sopra, n. 91, p. 444.

pedire che ne approfitti l'altra parte, la quale pure vi ha concorso.

Così, secondo l'opinione che reputiamo da adottarsi, quand'anche una persona impugnasse come simulato un atto da essa fatto, deducendo che mancava d'ogni esistenza giuridica, perchè era stato finto al solo scopo di sottrarre alle azioni dei creditori i beni apparentemente trasmessi in proprietà ad altri, non ostante che allora fosse veramente turpe il fatto allegato, da parte di colui che ne farebbe fondamento all'azione od eccezione propria, la prova dovrebb'esserne nondimeno ammessa, siccome diretta allo scopo d'impedire che l'altra parte commettesse dal canto suo una nuova turpitudine abusando dell'apparenza dell'atto, e volgendone a proprio lucro gli effetti (1). Il determinare poi quali mezzi di prova siano ammissibili per la parte medesima, al fine di dimostrare in giudizio la simulazione da essa allegata, dipende da principii diversi, dei quali daremo qualche cenno nel numero seguente.

Abbiamo detto che anche gli eredi d'una delle parti possono impugnare per simulazione un atto fatto dal loro autore, sia agendo come rappresentanti di lui, sia anche talvolta in nome proprio; nè occorrono molte parole per dimostrarlo. L'azione per simulazione non è certamente fra quelle che non sono trasmissibili ai successori; epperò gli eredi, che continuano giuridicamente la persona del loro autore, possono indubitabilmente, in rappresentanza di lui, esercitare quell'azione, od opporre la eccezione corrispondente, in tutti quei casi stessi in cui la simulazione dell'atto avrebbe potuto essere addotta da chi vi fu parte. Accade altresì che gli eredi agiscano talora in nome proprio, per la simulazione commessa in un atto dal loro autore, quando con quell'atto egli abbia pregiudicati diritti spettanti loro per legge; o quando l'addurre e provare la simulazione, avvenuta in un atto dell'autore, sia necessario

(1) V. Aubry e Rau, loc. cit.

agli eredi al fine di realizzare diritti che la legge medesima attribuisca loro nella successione. Si verifica il primo caso per la riduzione delle donazioni eccedenti la porzione disponibile (art. 1091 Cod. civ.); il secondo per la *collazione*, a cui si faccia luogo secondo l'art. 1001 Codice civ. È in frode delle ragioni appartenenti per legge ai legittimari, che il donante ha fatte liberalità eccedenti la porzione dei beni di cui gli era permesso disporre, coprendole sotto la falsa apparenza di contratti a titolo oneroso. Non è dunque dubbio che i legittimari stessi abbiano diritto a sventare questa frode, dimostrando la simulazione, ristabilendo il vero carattere dell'atto di donazione, e sottoponendolo quindi alla riduzione, a cui, secondo la natura sua, va soggetto, acciocchè la disposizione della legge, che stabilisce la legittima, rimanga adempita. Ma è altrettanto evidente che in ciò gli eredi legittimari non agiscono in rappresentanza del loro autore, ma in nome proprio; mentre anzi impugnano l'atto di lui come lesivo dei diritti, che la legge ha loro attribuiti limitando al loro autore la facoltà di disporre dei propri beni. Non è perfettamente lo stesso in materia di *collazione;* perchè non si tratta allora d'impugnar l'atto dell'autore come lesivo delle ragioni legittime degli eredi, ma solo di ottenere che siano riuniti alla massa ereditaria i beni donati dal defunto ad uno dei coeredi, suoi discendenti, *qualora il donante medesimo non abbia altrimenti disposto;* talchè, se anche non si voglia ammettere che la collazione si fondi *sulla presunta volontà dell'autore*, è certo almeno ch'essa non procede *contro tale volontà*, come vi procede la riduzione delle liberalità eccedenti la porzione disponibile. Tuttavia vi è, tra le due istituzioni della *riduzione* e della *collazione*, questo punto di somiglianza; che ambedue procedono da diritti conferiti direttamente dalla legge agli eredi; i quali diritti verificandosi soltanto coll'aprimento stesso della successione, non è concepibile che vengano esercitati dagli eredi in rappresentanza del loro autore, quasichè da lui fossero stati trasmessi. Anche il

diritto alla collazione procede in favore degli eredi dalla disposizione della legge, quantunque la legge medesima ne decampi, qualora sia stata manifestata dal donante una volontà contraria; e l'erede agisce perciò in nome proprio, non in rappresentanza dell'autore suo, allorchè chiede di essere ammesso a provare la simulazione avvenuta in un atto dell'autore stesso, per dimostrare che questi ha fatto veramente una donazione, soggetta quindi a conferimento, se la volontà contraria del donante non risulti, in mancanza d'una dichiarazione espressa, da circostanze, le quali congiunte al fatto medesimo di aver coperta la liberalità sotto la falsa apparenza di contratto oneroso, costituiscano un complesso di presunzioni gravi, precise e concordanti, atte ad accertare la intenzione di dispensare il beneficato dalla collazione (1).

In generale può addurre la simulazione di un atto, e devesi ammettere a provarla, qualunque terza persona, che abbia interesse legittimo a stabilire tale simulazione; sia perchè sia stata fatta a pregiudizio di quel terzo in frode della legge, o di diritti da lui legittimamente acquisiti per qualsiasi altro titolo; sia perchè il ristabilire la verità dell'atto, secondo la reale intenzione delle parti, giovi a mantenere diritti del terzo medesimo, che dall'atto apparente rimarrebbero infirmati. Così, per darne qualche esempio, la legge obbliga *ogni proprietario a dare passaggio per i suoi fondi alle acque d'ogni specie, che vogliano condursi da chi abbia permanentemente, od anche solo temporaneamente, il diritto di servirsene per le necessità della vita, o per usi agrari ed industriali* (art. 598 Cod. civ.). L'esistenza d'un vero diritto — sia poi perpetuo o temporaneo — all'uso delle acque che si vogliono condurre, è dunque una condizione da cui la legge fa dipendere la facoltà dell'utente di obbligare i proprietari dei fondi intermedi a concedergli il passaggio di quelle acque. Ora, supponġasi che sia stato

(1) V. sopra, n. 91, pag. 445, ss.

simulato un atto di concessione d'un vero diritto all'uso delle acque, laddove in realtà non si faceva che una concessione meramente precaria, revocabile quando che fosse a volontà del concedente. La simulazione è in frode della legge, a danno dei terzi proprietari dei fondi, pei quali le acque si vorrebbero far transitare, al fine di costringerli a subire una servitù, a cui per legge non sarebbero tenuti. E quei terzi potranno indubbiamente chiedere, e dovranno essere ammessi a provare la simulazione, per difendersi dalla domanda di passaggio.

Fingasi, invece, che con una stipulazione fatta validamente a vantaggio d'un terzo, a senso dell'articolo 1128, § 2° Codice civile, siasi obbligato il proprietario d'un fondo a costituire sovr'esso per utilità d'altro fondo appartenente a quel terzo, che abbia accettato, una determinata servitù prediale, qualora il promittente non alieni entro un certo termine il fondo che dovrebbe divenire serviente; e che, per sottrarsi a tale obbligo, il promittente simuli una vendita del fondo, mentre in realtà lo dia solamente ad affitto. Il terzo, che trascorso il termine pattuito si presenti a chiedere la costituzione della servitù, potrà allegare, e dovrà essere ammesso a provare la simulazione, che fu fatta per frodare, se non una disposizione di legge, un diritto ch'egli aveva legittimamente acquistato per contratto.

Suppongasi, in fine, che di due vendite successivamente fatte del medesimo immobile da una persona, la prima vendita non sia stata che simulata. L'ultimo acquirente, per sostenere la validità del proprio contratto d'acquisto, dimostrando che l'immobile non era prima passato in dominio altrui, potrà allegare, e dovrà essere ammesso a provare che l'alienazione, apparentemente fatta in precedenza dall'autor suo, non sia stata che simulata; nè certo osterebbe l'essere stato anteriormente trascritto il contratto simulato, perchè la trascrizione, se è una condizione legale indispensabile per rendere gli effetti giuridici dell'atto soggetto a trascrizione operativi rimpetto ai terzi, che abbiano

a qualunque titolo acquistati e legalmente conservati diritti propri sull'immobile (art. 1942 Cod. civ.), non è per altro un mezzo onde attribuire a quell'atto effetti diversi e maggiori di quelli che per se medesimo può produrre. La simulazione in questo caso non era diretta a far frode alla legge, nè poteva avere per iscopo di frodare i diritti che solo posteriormente vennero acquistati dal nuovo compratore; ma questi ha, ad ogni modo, un interesse legittimo a far constare della simulazione, perchè ristabilendo la vera natura dell'atto anteriormente compiuto dall'autor suo, viene ad accertare la legittimità del proprio acquisto, il quale non ha avuto per oggetto un bene che fosse già divenuto d'altri.

Come *terzi*, anche i creditori d'una delle parti contraenti sono ammissibili a contestare *in proprio nome* il carattere apparente di atti che siano stati fatti simulatamente dal debitore in frode delle loro ragioni; allo scopo di far determinare gli effetti di quegli atti secondo la vera loro natura (1). E intorno a ciò già abbiamo fatte nel numero precedente le osservazioni che ci parvero necessarie, anche per stabilire le differenze che si riscontrano tra la vera azione per simulazione, esercibile dai creditori contro gli atti del loro debitore, e le *azioni surrogatoria* e *revocatoria*, ed il caso, in cui essendovi quella simulazione che dicesi *assoluta*, venga allegata dai creditori l'*inesistenza giuridica* dell'atto compiuto apparentemente dal loro debitore (2).

Determinato quali siano le persone che possano, secondo la varietà dei casi, impugnare un atto per simulazione, resta a risolvere un altro punto importante; e cioè, se quelle persone possano opporre la simulazione dell'atto a chiunque abbia interesse negli effetti che deriverebbero dal carattere apparente di esso; oppure se vi siano persone

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 35, n° 8.
(2) V. sopra, n. 91, pag. 450, ss.

in danno delle quali questo carattere apparente non possa essere contestato.

La giurisprudenza delle nostre Corti ha più volte ritenuta la massima, che *contro terze persone di buona fede non sia opponibile la simulazione di un atto* (1). E questa massima è giustificata in principio, non solo dalla equità, che vuole protetta la buona fede, ma eziandio dall'interesse pubblico di guarentire la sicurezza delle contrattazioni e del commercio; essendo evidente quali turbamenti d'interessi potrebbero seguire, se i terzi, i quali avessero contrattato in piena buona fede, ignorando, nè potendo avverare le simulazioni commesse dai loro autori negli atti costitutivi dei diritti che avessero poi trasmessi a questi terzi, potessero vedersi opposte efficacemente codeste simulazioni medesime, e in forza di esse o annullati o cambiati di natura e di effetti i diritti, che credevano di avere acquistati. Aggiungasi, che il preservare i terzi dagli effetti dannosi di cause occulte, che possano viziare, e rendere annullabili, rescindibili, o revocabili gli atti dei loro autori, è generalmente nello spirito della legislazione nostra. Così è che si vieta al donante di proporre la domanda di rivocazione della donazione, per inadempimento degli oneri imposti al donatario, *in pregiudizio dei terzi, i quali abbiano acquistati diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda* (art. 1080 Cod. civ.); che altrettanto è stabilito relativamente alla rivocazione, che abbia luogo per ingratitudine del donatario o per sopravvenienza di figli al donante (art. 1088); che l'*azione revocatoria* intentata dai creditori è priva di effetto in riguardo *ai terzi non partecipi della frode, i quali abbiano acquistato diritti sugli*

---

(1) V. decisioni delle Corti d'appello di Napoli, 8 maggio 1874 (*Giuris. Ital.*, XXVI, 1, 2, 455); Venezia, 25 giugno 1878 (*Temi Veneta*, 1878, 495); 10 dicembre 1878 (*Monitore giudiziario*, VIII, 18); Parma, 16 dicembre 1879 (*Rivista Legale Parmense e Modenese*, IV, 37); delle Corti di cassazione di Torino, 10 luglio 1873 (*Giurispr. Ital.*, XXV, 1, 542); Napoli, 12 gennaio 1881 (*Giurispr. Ital.*, XXXIII, 1, 334); Torino, 24 ottobre 1883 (*Giurispr. Ital.*, XXXVI, 1, 24).

immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rivocazione (art. 1235, § 3°); che parimente l'azione di rescissione per causa di lesione nelle *divisioni* (art. 1038) e nella vendita (art. 1529), *non produce effetto a danno dei terzi, i quali abbiano acquistato diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione* (art. 1308, § 2°); che pure nella vendita d'immobili la stessa condizione risolutiva, per inadempimento degli obblighi del compratore, *non pregiudica ai terzi, che abbiano acquistati diritti sopra gl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di rescissione* (art. 1511); che quando una permuta viene risolta, per evizione patita o fondatamente temuta da uno dei permutanti, della cosa da lui ricevuta, *rimangono tuttavia salvi i diritti acquistati dai terzi sugl'immobili prima della trascrizione della domanda di risoluzione* (articolo 1553); che la condizione risolutiva per inadempimento dei pesi imposti in una costituzione di rendita *non può pregiudicare ai diritti acquistati dai terzi sugl'immobili prima della trascrizione della domanda di risoluzione* (art. 1787).

Ma in tutto ciò non vi sarebbe ancora abbastanza per potere stabilire, come regola pratica, che non sia opponibile rimpetto ai terzi, agli aventi causa di buona fede, la simulazione commessa negli atti dei loro autori. Questa massima deroga in realtà ad un principio fondamentale — che, cioè, niuno potendo trasmettere ad altri diritti maggiori di quelli che a lui stesso appartengono, se l'atto da cui dipendeva il diritto dell'autore venga per simulazione annullato, o determinandone il carattere vero, diverso da quello apparente, ne vengano corrispondentemente modificati gli effetti giuridici, ciò debba avere di necessità una conseguente influenza anche rispetto ai diritti acquistati dal successore — ed una deroga di tale natura non può farsi che dal legislatore. Le ragioni di equità, e di interesse anche pubblico, che abbiamo accennate, sarebbero di diritto costituendo, e spetterebbe al legislatore l'apprezzarle. Gli argomenti di analogia, deducibili dagli arti-

coli del Codice civile, che abbiamo citati, non sarebbero applicabili al caso. Tratterebbesi di generalizzare ciò che la legge ha disposto per casi specificatamente determinati, e in favore soltanto dei terzi acquirenti *di beni immobili;* e questa estensione per analogia, di disposizioni formanti eccezione ad un principio generale, non sarebbe ammissibile.

Se non che vi è realmente una disposizione espressa del legislatore, riferentesi precisamente alla simulazione negli atti, dalla quale disposizione può arguirsi con sufficente certezza l'intendimento di negare in modo generale l'opponibilità della simulazione stessa a terze persone. Infatti l'articolo 1319 del Codice civile stabilisce che " Le " controdichiarazioni fatte per privata scrittura *non pos-* " *sono avere effetto che fra le parti contraenti ed i loro suc-* " *cessori a titolo universale* ", mentre la scrittura privata, in generale, quando sia riconosciuta o verificata, *ha la stessa fede dell'atto pubblico*, cioè fa piena prova (art. 1317 Cod. civ.) non solo fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale, ma eziandio a fronte degli *aventi causa* (art. 1320 Cod. civ.). Ora, le *controdichiarazioni per privata scrittura* sono appunto i mezzi ordinari, diretti e più sicuri di prova delle simulazioni, che le parti abbiano fatte negli atti, a cui quelle controdichiarazioni si riferiscano. Ben di rado accadrà, se pure si verificherà mai, che le parti stipulando in forma pubblica un atto simulato, facciano risultare con atto ugualmente pubblico della simulazione; ciò le toglierebbe ogni scopo, e tanto varrebbe far apparire senz'altro dal primo atto la vera volontà delle parti. L'escludere pertanto — come si è fatto nell'art. 1319 del Codice — che le *controdichiarazioni per privata scrittura* possano avere effetto contro *gli aventi causa, i terzi*, è quanto stabilire che la simulazione stessa non è opponibile a loro; nè certamente, qualora la simulazione, commessa dalle parti contraenti in un atto, si ritenesse opponibile ai terzi, sarebbe possibile negare che avesse efficacia contro

di loro il mezzo di prova ordinario, diretto, più naturale, più sicuro, di tale simulazione. Così nella disposizione del citato articolo 1319 sembra contenersi implicita la massima della non opponibilità della simulazione di un atto a terze persone, quando almeno essa non risulti da una controdichiarazione fatta per atto pubblico. — La giurisprudenza pone per altro all'applicazione di questa massima una condizione; che i terzi, per poter esimersi dalle conseguenze della simulazione, che ad essi vorrebbesi opporre, debbano essere stati *in buona fede*, ed è giusto: perchè, se al momento in cui contrattavano essi avessero avuto conoscenza della simulazione, commessa nell'atto in cui avevano fondamento i diritti, dei quali stipulavano l'acquisto, cesserebbe ogni ragione per ammettere che in riguardo a loro quell'atto dovesse produrre gli effetti propri del suo carattere apparente, anzichè gli altri che debbono derivare dalla vera natura sua; e questi sarebbero da reputarsi accettati dallo stesso terzo contraente come base della sua convenzione, dappoichè il vero carattere dell'atto dell'autore suo non gli era ignoto.

Nel caso deciso colla sentenza 10 luglio 1873 della Cassazione di Torino trattavasi d'una di quelle simulazioni che si sogliono dire *assolute*; si era finta, cioè, dal padre pei figli minorenni, la ricognizione di un debito già prima estinto. L'atto avrebbe dovuto riguardarsi, a rigor di principii, come *inesistente giuridicamente*, e come tale lo aveva infatti considerato la Corte d'appello di Genova nella sentenza del 3 maggio 1870. Nondimeno questa sentenza fu cassata, e si ritenne che al cessionario del supposto credito verso i minori non potesse essere opposta la simulazione dell'atto ricognitivo; ciò che può essere giustificato dalla considerazione, che nella specie trattavasi di vera *frode*, commessa a danno del cessionario, più che di semplice simulazione contenuta in un atto dell'autore di lui. La Corte d'appello avea ritenuto, che la frode essendo stata commessa, non dai minori, che si erano

fatti apparir debitori, ma dal padre loro, non dovesse nuocere ai minori stessi; ma la Corte di cassazione rispose giustamente, che il padre avendo agito in rappresentanza dei figli minorenni, non poteva separarsi la personalità dell'uno da quella degli altri.

Nell'altro caso deciso dalla Cassazione di Napoli trattavasi di simulazione circa la causa di un'obbligazione commerciale; e la Corte ritenne non opponibile codesta simulazione al terzo possessore del titolo di credito, considerato che " come le controdichiarazioni per privata scrittura non " possono avere effetto che tra le parti contraenti e i " loro successori a titolo universale (art. 1319 del Codice " civile) la simulazione semplice, non fraudolenta, non " puossi eccepire contro il terzo possessore di un titolo " di credito, e principalmente di effetti commerciali, che " per la loro natura sono destinati alla circolazione, e " quindi a molteplici girate „.

Nel caso, infine, che fu risoluto coll'arresto 24 ottobre 1883 della Cassazione di Torino, si trattava d'una di quelle simulazioni che diconsi *relative*, opposta ad un terzo creditore ipotecario.

Era stata coperta sotto la falsa apparenza di compera e vendita una donazione vietata fra coniugi; il contratto simulato era stato regolarmente trascritto; l'apparente compratore aveva costituita un'ipoteca, ch'era stata regolarmente iscritta sul fondo donato; ed all'azione ipotecaria, esercitata dal creditore, era stata opposta l'eccezione di simulazione dell'atto di vendita del fondo ipotecato. La Corte considerò: " che l'atto rivestito delle formalità essenziali alla sua " validità, specialmente se reso pubblico mediante la trascri- " zione, fa, *rispetto ai terzi contraenti in buona fede*, piena " prova di quanto dall'atto medesimo appare, non valendo " a distruggere siffatta apparenza gli accordi segreti ed " occulti, che possono essere passati fra gli autori dell'atto.

" Una conferma legislativa di questo principio, già di " per sè stesso di tanta evidenza, si ha nel disposto del-

" l'art. 1319 Cod. civ., secondo cui le controdichiarazioni
" fatte per privata scrittura, che sono la più sicura prova
" della diversa intenzione delle parti contraenti, non hanno
" effetto che fra le parti stesse ed i loro successori a ti-
" tolo universale.

" E al solito argomento che si mette in campo, che cioè
" un contraente di sola apparenza non possa trasferire in
" altri un diritto, ch'egli stesso in forza d'un atto simulato
" non ebbe ad acquistare, risponde per evidente analogia
" l'articolo 933 Codice civile, a tenore del quale riman-
" gono sempre salvi, anche dopo accettata un'eredità dal-
" l'erede vero, i diritti acquistati dai terzi per effetto di
" convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'e-
" rede apparente ".

Quest'ultima risposta non ci sembra veramente molto concludente. Si prevede l'obbiezione dedotta dal riflesso che, annullandosi per simulazione l'atto di acquisto dell'autore, o limitandosene gli effetti, ciò debba influire necessariamente anche per l'avente causa, il quale non può avere acquistati diritti maggiori di quelli spettanti allo stesso suo autore; e si pretende rimuoverla argomentando *per analogia* da ciò che l'articolo 933 dispone per le *convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente.*

Ma, innanzi tutto, è fuor di dubbio che la disposizione di questo articolo fa eccezione, per giusti motivi d'interesse anche generale, al principio fondamentale di diritto, che " *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat* ", ed è massima elementare, che le disposizioni eccezionali non possono prestarsi ad argomentazioni per analogia (art. 4 delle disposizioni premesse al Codice civile). E poi, è questo veramente il caso di quella *evidente analogia*, che alla Corte di cassazione di Torino è sembrato di scorgere?

Nell'art. 933 si convalidano, a fronte dell'erede vero tardivamente accettante, le convenzioni a titolo oneroso fatte in buona fede da terze persone con chi, per un errore co-

mune, e non senza colpa dell'erede vero, che indugiò ad esercitare le proprie ragioni, era ritenuto avere il diritto di successione. Che cosa ha ciò di comune col negare che la simulazione, la quale possa accertarsi nei rapporti fra le parti contraenti, non sia però opponibile ai loro aventi causa? Par chiaro che, anzichè analogia, vi sia tra i due casi una disparità completa. Ma, comunque sia di ciò, reputiamo decisivo l'altro argomento, che si ricava dall'articolo 1319, per sostenere che il nostro diritto positivo non permetta di riguardare come opponibile ai terzi, quando almeno abbiano agito in buona fede, la simulazione che sia stata praticata in un atto o contratto dalle parti disponenti o contraenti.

93. Chi allega che sia avvenuta simulazione in un atto, deve somministrarne la piena prova. Contro l'affermazione di lui stanno le risultanze dell'atto medesimo; il quale, se pubblico (art. 1315 Cod. civ.) fa fede *fino ad iscrizione in falso* della esistenza materiale dei fatti che l'ufficiale pubblico attesta come compiuti da lui, o come avvenuti in sua presenza, nell'esercizio delle sue funzioni; e sia poi pubblico o privato, fa sempre prova tra le parti, ed i loro eredi ed aventi causa, delle convenzioni, disposizioni, pagamenti, dichiarazioni, e in genere dei fatti giuridici che ne sono fatti constare, non che della realtà del carattere giuridico attribuito a quelle convenzioni o disposizioni, e delle modalità che vi sono apposte (art. 1317, 1318, 1320 Cod. civ.). Questa prova, risultante dall'atto, ha dunque bisogno di essere distrutta da chi impugna come simulata la convenzione, disposizione o dichiarazione che vi è contenuta; e sia egli attore o convenuto, deve somministrare la piena prova del fatto di simulazione, sul quale fonda la propria azione o la propria eccezione; nel primo caso, in forza del principio che “ *actori incumbit onus probandi* „, nel secondo in virtù della regola che “ *Reus, excipiendi fit actor* „. Chi, all'opposto, difendendosi

contro l'azione e la eccezione, si limita a negare che vi sia stata simulazione alcuna, nulla può essere tenuto a provare; perchè la piena dimostrazione della esistenza della convenzione, disposizione o dichiarazione impugnata, e della realtà del carattere giuridico che le fu attribuito, risulta per lui dall'atto medesimo con cui la prova ne fu precostituita, e perchè " *per rerum naturam, negantis nulla probatio est* „ (L. 23, C. *De probationibus*) (1).

Quanto ai mezzi, coi quali la simulazione possa essere provata da chi l'allega, sono generalmente applicabili le norme comuni stabilite dalla legge in ordine alle prove.

E in primo luogo, non è a dubitarsi che la simulazione possa essere provata mediante scrittura. È questo anzi il mezzo diretto, più naturale e sicuro di tale prova. Mezzi indiretti possono risultarne dall'atto stesso avverso al quale si agisca o si eccepisca; per stipulazioni, dichiarazioni ed enunciazioni che vi siano contenute, e dalle quali possa arguirsi per induzione che la convenzione o disposizione apparente non abbia esistenza reale secondo la intenzione delle parti, od esistendo, abbia però un carattere giuridico diverso da quello che se n'è fatto apparire. Se non che in tale ipotesi appunto non è veramente la scrittura, che formi il mezzo diretto di prova della simulazione, bensì si fa essa risultare dal mezzo indiretto delle *presunzioni di fatto* (art. 1354 Cod. civ.) dedotte dal contenuto dell'atto scritto. Ma da altre scritture, distintamente emanate dalle medesime parti, e recanti dichiarazioni contrarie, o modificative di quelle contenute nell'atto principale — siano poi le dette scritture contemporanee o posteriori all'atto medesimo, purchè non esprimano un nuovo accordo, diretto a revocare o modificare l'atto già compiuto, ma siano semplici manifestazioni della vera volontà delle parti allorchè prestarono il loro consenso a quell'atto — si può

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 1° marzo 1877 (*Temi Veneta*, II, 234).

trarre la prova diretta dalla simulazione che in esso sia stata commessa; e di tale mezzo di prova può giovarsi qualunque delle persone dalle quali vedemmo nel numero precedente potere la simulazione essere allegata (1).

La *prova letterale* della simulazione è infatti espressamente contemplata nell'art. 1319 del Codice civile, secondo il quale " le controdichiarazioni fatte per privata scrittura " non possono avere effetto che fra le parti contraenti ed " i loro successori a titolo universale ". È una disposizione, nell'interpretare la quale possono incontrarsi parecchie difficoltà, che sarebbe qui fuor di luogo l'esaminare. Ci occupiamo ora di quell'articolo per ciò solo che strettamente riguarda il mezzo di prova letterale delle simulazioni, e le persone che possono prevalersi di tale prova.

Nel corrispondente articolo 1321 del Codice francese si parlava generalmente di *controdichiarazioni in iscritto*, e parimente nell'art. 1275 del Codice pel regno delle Due Sicilie, di *controscritture*, senza distinguere se fossero fatte per atto pubblico o per scrittura privata; ond'era opinione prevalente, quantunque contestata da alcuni, che l'essere stata fatta in forma autentica una controdichiarazione non la sottraesse all'applicazione delle citate disposizioni di legge, e perciò la controdichiarazione, ancorchè risultante da atto pubblico, non fosse opponibile ai terzi (2).

Il Codice italiano parla invece soltanto delle *controdichiarazioni fatte per privata scrittura*, imitando in ciò i Codici parmense (art. 2267) ed estense (art. 2335). Non avverrà, se non per caso rarissimo, come avemmo occasione di avvertire nel numero precedente, che celebrandosi un atto pubblico non conforme alla verità, si affidi nello stesso tempo ad altro atto ugualmente pubblico il rico-

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Napoli, 5 agosto 1880 (*Il Filangeri*, VI, 3).

(2) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 756*bis*, nº 10; Demolombe, t. XXIX, n. 318.

il riconoscimento della simulazione; della quale verrebbe a mancare con ciò lo scopo. " Un atto notarile — ha detto " il Demolombe — può essere tenuto segreto non meno di " una scrittura privata, e si possono ingannare i terzi tanto " con quello come con questa; la legge, che vuol proteg- " gere i terzi contro gli effetti della simulazione, non può " ammettere una simile distinzione ". Non è negabile, veramente la possibilità che anche un atto ricevuto da un ufficiale pubblico si mantenga occulto, e celandosi così la verità, che vi sia dichiarata, circa la volontà che abbiano avuta le parti in un altro atto palese, ma non sincero, si riesca ad ingannare fraudolentemente terze persone. È certo però che a simile scopo di frode la scrittura privata si presta meglio dell'atto pubblico, e che di fatto è sempre una scrittura privata di controdichiarazione, che vien destinata ad accertare in segreto, per guarentigia delle parti contraenti o disponenti, la vera loro volontà, mentre con un atto palese, ma non veritiero, esse si preparano il mezzo di poter frodare terze persone. Ora, è a questa forma di frode, comunemente usata, e perciò appunto pericolosa, che il legislatore nostro volle ovviare colla disposizione eccezionale dell'articolo 1319, lasciando sotto l'impero del diritto comune il caso, non impossibile, ma certo non frequente, d'una controdichiarazione fatta per atto pubblico. E poichè appunto è incontestabile il carattere eccezionale di questa disposizione, che limita *alle sole parti contraenti ed ai loro successori a titolo universale* gli effetti della controdichiarazione per privata scrittura, mentre, secondo i principii generali, dovrebbero estendersi, oltrechè alle parti ed ai loro eredi, anche agli *aventi causa*, gli effetti, tanto della convenzione in sè stessa (art. 1127 Cod. civ.), quanto della scrittura che ne costituisce il mezzo di prova (art. 1320 Cod. civ.); così non par dubbio che l'applicazione del predetto articolo 1319 debba tenersi rigorosamente ristretta al solo caso ivi contemplato, di *controdichiarazioni fatte per privata scrittura*, e che qualora invece si verificasse la

straordinaria ipotesi di una *controdichiarazione fatta per atto pubblico*, sarebbero le regole comuni surriferite, che dovrebbero essere applicate.

È da notarsi ancora come l'articolo 1319 non dica che le controdichiarazioni per privata scrittura non facciano *fede*, o non *facciano prova*, ma che *non possono avere effetto, fuorchè tra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale*. E veramente non vi sarebbe ragione per negare l'efficacia di prova ad una scrittura riconosciuta da chi l'ha sottoscritta, o legalmente considerata come riconosciuta, solo perchè contenente una controdichiarazione; non vi sarebbe motivo per ritenere che gli aventi causa del soscrittore potessero disconoscere che il loro autore avesse veramente fatta quella controdichiarazione. Altro è però che questa debba riguardarsi come operativa di effetti anche contro gli aventi causa medesimi, come opponibili a loro. Ed era sotto questo aspetto, che presentavasi la convenienza di impedire le frodi, alle quali col mezzo delle controdichiarazioni segrete sarebbesi potuto fare luogo a danno di terze persone, ed è quindi in questo senso la disposizione dell'art. 1319; nel senso, cioè, che le controdichiarazioni fatte per privata scrittura, — ancorchè questa sia stata riconosciuta in giudizio, o legalmente verificata, — *non sono opponibili ai successori a titolo particolare delle parti contraenti, agli aventi causa, ai terzi;* allo stesso modo che una sentenza od un atto pubblico, a cui debba darsi pubblicità col mezzo della trascrizione, secondo l'art. 1932 Codice civile, finchè non sia trascritto *non ha alcun effetto riguardo ai terzi, che a qualunque titolo abbiano acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile* (art. 1942 Cod. civile), quantunque sia incontestabile che le sentenze, e gli atti pubblici in generale, fanno fede del loro contenuto, non solo fra le parti ed i loro successori a titolo universale, ma *a fronte di tutti.*

Questo ricordo delle disposizioni relative alla trascrizione ci richiama ad un altro riflesso; che, cioè, la necessità di

rendere pubblici mediante la trascrizione tutti gli atti traslativi di proprietà, costitutivi o modificativi di diritti reali sovra beni immobili, diminuisce notevolmente la importanza della disposizione contenuta nel citato articolo 1319. Invero, quantunque secondo il sistema adottato dal Codice nostro, possa richiedersi ed eseguirsi la trascrizione anche per le *scritture private* (art. 1935 Cod. civ.), quelle però che contengano controdichiarazioni essendo destinate per lo stesso loro scopo a rimanere segrete, è difficile supporre che vengano sottoposte a trascrizione. E perciò, quando abbiano per oggetto il trasferimento della proprietà, o la costituzione o la modificazione di diritti reali su beni immobili, non sarebbero opponibili ai terzi, in virtù dell'articolo 1942, indipendentemente anche dalla disposizione dell'art. 1319 del Codice civile. Tuttavia, quand'anche, per ipotesi, una controdichiarazione per privata scrittura, relativa ad atti traslativi di proprietà immobiliare, o costitutivi o modificativi di diritti reali parimenti immobiliari, venisse sottoposta a trascrizione, o quando non riguardasse atti pei quali la trascrizione fosse necessaria, la controdichiarazione stessa non potrebbe però avere effetto che fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale, non sarebbe mai opponibile ai successori a titolo particolare, agli aventi causa, ai terzi, pel disposto del ridetto articolo 1319.

Un'ultima avvertenza è da farsi intorno a questa disposizione. Essa vieta di poter opporre ai terzi le controdichiarazioni fatte per privata scrittura, allo scopo di proteggere i terzi medesimi contro le frodi, di cui quelle controdichiarazioni potrebbero essere un mezzo in loro danno; ma non dichiara che debbano esse riguardarsi rispetto ai terzi come non avvenute. Nulla osta, pertanto, a che costoro, in danno dei quali la controdichiarazione per privata scrittura non sarebbe opponibile, possano all'opposto giovarsene, come aventi causa d'una delle parti, od esercenti i diritti di lei, richiedendo all'altra parte l'esecuzione delle stipulazioni,

disposizioni o dichiarazioni contenute nella controdichiarazione da questa emessa (1).

Da tutto ciò si raccolgono facilmente le massime regolatrici della prova letterale in materia di *simulazione*.

Tutti generalmente coloro, ai quali, secondo i principii svolti nel numero precedente, è lecito d'impugnare, in via di azione o di eccezione, un atto come simulato — non esclusi i successori a titolo particolare d'una delle parti, gli aventi causa, i terzi — possono giovarsi a tal uopo del mezzo di prova risultante da una controdichiarazione scritta, che dalle parti medesime o da una di esse sia stata fatta.

Se per un raro caso di eccezione avvenisse che una controdichiarazione fosse consegnata in un *atto pubblico* — supponendo che si trattasse di una *controdichiarazione* vera e propria, riferentesi cioè alla vera volontà delle parti al momento in cui prestarono il loro consenso all'atto principale, non già d'una rivocazione o modificazione concordata posteriormente sull'atto medesimo — essa non avrebbe effetto soltanto *fra le parti contraenti ed i loro successori a titolo universale*, come è detto nell'art. 1319 del Cod. civ. rispetto alle controdichiarazioni fatte per privata scrittura, ma sarebbe opponibile anche ai *terzi*, a tutti gli *aventi causa a titolo particolare*.

Quando, all'opposto, la controdichiarazione fosse stata fatta per *scrittura privata* — non ostante che questa, considerata nel semplice aspetto di mezzo di prova, una volta che sia stata riconosciuta o verificata in giudizio, faccia fede del suo contenuto rimpetto a tutti, e quand'anche trattandosi d'atti traslativi di proprietà immobiliare, o costitutivi o modificativi di diritti reali immobiliari, ne fosse stata eseguita la trascrizione — quella controdichiarazione però avrebbe bensì pieno effetto tra le parti contraenti ed

---

(1) V. Marcadé, art. 1321, § IV, t. V, p. 38; Aubry e Rau, t. VIII, § 756*bis*, n. 4; Demolombe, t. XXIX, n. 348; Laurent, t. XIX, n. 193.

i loro eredi, ma non sarebbe opponibile agli aventi causa a titolo particolare.

Non è dubbio che tra i mezzi, pei quali può essere accertata l'esistenza di una simulazione, sia da annoverarsi principalmente la *confessione*, che emanasse dalla parte stessa, a cui una tale simulazione fosse stata opposta: giacchè la confessione forma sempre piena prova qualora sia fatta in giudizio, od anche fuori di giudizio purchè sia stata fatta alla parte interessata od a chi la rappresenta (articoli 1356, 1358 Cod. civ.). E siccome a provocare appunto la confessione è diretto l'*interrogatorio*, che l'una delle parti deferisce all'altra in giudizio, così questo mezzo d'istruzione è generalmente riconosciuto ammissibile (1) e tale fu pure dichiarato costantemente dalla giurisprudenza nostra (2).

Parimente il giuramento decisorio, deferibile generalmente *in qualunque specie di controversia civile* (art. 1364 Cod. civ.), può pure essere deferito sul fatto della simulazione, per la quale s'impugni un atto, una convenzione, disposizione o dichiarazione qualsiasi in esso contenuta, senzachè sia opponibile la limitazione, che in detto articolo è fatta, vietando di deferire il giuramento *sopra un fatto delittuoso*; perciocchè, trattandosi di eccezione ad una regola generale, l'interpretazione non può esserne estensiva, nè come *delittuoso* può qualificarsi il fatto della simulazione, che non costituisce un reato, per quanto sia riprovevole, se commesso per frode a danno altrui. In questo senso si è pronunciata pure la giurisprudenza (3).

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 755, 2° II (*b*).

(2) V. decisioni delle Corti di cassazione di Firenze, 28 novembre 1873 (*Giurispr. It.*, XXV, I, 812); della Corte d'appello di Torino, 9 aprile 1875 (*Giurispr. Ital.*, XXVII, I, 2, 724) e 6 giugno 1879 (*Giurispr. di Torino*, XVI, 665).

(3) V. decisioni della Corte di cassazione di Torino, 30 dicembre 1874 (*Annali di giurispr.*, IX, I, 245) e delle Corti d'appello di Casale, 6 luglio 1867 (*Gazzetta dei Trib.*, XX, I, 441), di Genova, 10 giugno 1870 (*Gazzetta dei Trib.*, XXII, I, 552).

Le difficoltà più gravi in questo argomento sono relative alle prove per testimoni e per presunzioni; non veramente quanto al principio fondamentale, che è sempre lo stesso accennato in principio di questo numero, — seguirsi, cioè, quanto ai mezzi di prova ammissibili circa la simulazione, le regole comuni stabilite dalla legge per la prova delle obbligazioni, — ma quanto alle applicazioni di tale principio.

Sarebbe infatti manifestamente infondata l'esclusione assoluta, che si pretendesse stabilire, delle testimonianze e delle presunzioni di fatto, all'uopo di provare la simulazione in un atto. Di che si tratta in fine? Di dimostrare che l'atto apparente non è sincero, che le parti hanno veramente formato col loro consenso un atto di carattere giuridico diverso; e la prova di quest'ultimo fatto inchiude in sè quella del primo. Sia autentico o privato l'atto, che si impugna per simulazione, la realtà e sincerità dei fatti giuridici, che in esso si sono fatti constare, non è accertata che *fino a prova contraria*; e questa risulta appunto dalla prova dell'esistenza d'un atto o di una convenzione diversa, in cui le parti abbiano veramente inteso di consentire. Se dunque le prove per testimoni o per presunzioni siano ammissibili, secondo le regole comuni di diritto, che sono identiche per amendue (art. 1354 Cod. civ.), al fine d'accertare legalmente l'esistenza di ciò che si afferma essere stato realmente voluto, disposto o convenuto dalle parti, è indubitabile che lo saranno insieme per la simulazione, la quale consiste appunto nell'aver voluto, disposto o convenuto cosa diversa da quella che si è fatta apparire dall'atto; solamente nell'applicare quelle regole bisognerà tener conto della circostanza, che la prova, che si vuol fare, vien *contro il contenuto di un atto scritto*. Ora, *contro il contenuto in atti scritti* non è generalmente ammessa la prova per testimoni (art. 1341 Cod. civ.), nè quella per presunzioni (art. 1354 Cod. civ.), salvochè vi sia un *principio di prova per iscritto* (art. 1347 Cod. civ.), o vi sia stata la impossibilità di procurarsi la prova scritta di ciò che si vuole poi provare col

mezzo di testimoni o di presunzioni (art. 1348 Cod. civ.). Ed è precisamente intorno a quest'ultima eccezione, che si aggirano i dubbi, a cui dà luogo l'ammissibilità delle prove per testimoni e per presunzioni in materia d'atti simulati. Sono sempre ammissibili queste prove, dovendosi ritenere che la simulazione per sè stessa escluda la possibilità di procurarsene una prova scritta? Oppure sarà necessario dimostrare in ogni caso singolo esservi stata codesta impossibilità di procurarsi la prova scritta? Od almeno sarà necessario distinguere, secondo i diversi scopi pei quali la simulazione sia stata fatta, secondo le persone che l'adducano per far annullare in tutto o in parte un atto, o per invocarne la rivocazione o la riduzione, o per farne determinare gli effetti secondo la vera natura sua, anzichè secondo il suo carattere apparente? Lo scopo della simulazione può essere difatti talvolta innocuo; altre volte può consistere nel far frode a diritti di terzi, o ad una disposizione di legge proibitiva, o può essere in opposizione all'ordine pubblico od al buon costume. E in questi diversi casi può esser dedotta la simulazione da una delle parti contro l'altra; o dagli eredi, sia in rappresentanza del loro autore, sia in proprio; o da terze persone; o dai creditori di una delle parti, sia mediante l'*azione surrogatoria* (art. 1234 Codice civile), sia in proprio, per distruggere il carattere apparente d'un atto fatto in frode delle loro ragioni. Vedremo ora doversi ritenere massime diverse nell'applicazione delle norme comuni circa l'ammissibilità delle prove per testimoni o per presunzioni, proposte al fine di accertare una simulazione commessa all'uno od all'altro degli scopi preaccennati, secondochè la simulazione stessa sia dedotta in giudizio dall'una o dall'altra delle persone che abbiamo ricordate.

Per ciò che riguarda le parti stesse, l'una delle quali proponga contro l'altra la prova della simulazione, *a cui quella pure abbia partecipato con libero consenso*, la giurisprudenza, dopo qualche esitazione, ha stabilita e costante-

mente applicata la massima, che una tale prova non possa ammettersi col mezzo di testimoni, nè fondarsi sovra presunzioni, se non quando si tratti di simulazione fatta *in frode della legge;* e questa teoria fu pure adottata dalla giurisprudenza nostra. Si suppone però che all'atto simulato abbia liberamente consentito la parte, che poi allega la simulazione e ne propone la prova per testimoni o per presunzioni; perchè, se la parte affermi che il consenso sia stato da lei prestato per errore, o le sia stato estorto con violenza, o carpito con dolo, i fatti dimostranti l'errore, o costituenti la violenza od il dolo, possono sempre esser provati con qualunque mezzo, anche di testimoni o di presunzioni. È questo un principio generalmente ammesso, applicato anche dalla giurisprudenza nostra, e che sarebbe impossibile disconoscere, di fronte alla evidente impossibilità, in cui si è trovata la parte, di procurarsi una prova letterale di questi fatti vizianti il suo consenso (1).

Tenuta pertanto ferma l'ipotesi, che una delle parti chieda d'essere ammessa a provare per testimoni o presunzioni la simulazione, a cui abbia liberamente consentito, la dottrina generalmente adottata risponde con una distinzione, che riferiremo colle parole d'un illustre giureconsulto francese.

" Fra le parti stesse contraenti, qual è — si domanda " egli — l'effetto della simulazione? Può l'una di esse venire ammessa a stabilirne contro l'altra la prova col " mezzo di testimoni, al fine di evitare il pregiudizio che " può derivargliene?

" Noi pensiamo doversi rispondere negativamente, qua- " lora si tratti d'una simulazione non offensiva che di un

---

(1) V. Toullier, t. IX, n. 172; Duranton, t. X, n. 196; Bonnier, *Traité théor. et prat. des preuves*, n. 141; Demolombe, t. XXX, n. 171-177; Aubry e Rau, t. VIII, § 765, n° 17; Laurent, t. XX, n. 580, 581.

V. Decisioni della Corte di cassazione di Napoli, 13 giugno 1881 (*Giur. Ital.*, XXXIII, I, 498), della Corte d'appello di Milano, 26 dicembre 1884 (*Giurispr. Ital.*, XXXVIII, II, 101).

« semplice interesse privato, non costituente che una *frode*
« *alla persona*; doversi al contrario rispondere affermati-
« vamente, se si tratti di una simulazione che leda un in-
« teresse pubblico, che costituisca una *frode alla legge* (1) ».

Forse, formulata in tal modo questa teorica, può apparire non abbastanza completa, non corrispondente in tutto ai concetti adottati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. I casi di *frode alle persone* e di *frode alla legge* non sono i soli, che possano verificarsi nella simulazione; la quale può essere, ed è il più spesso, ma non sempre fraudolenta. Taluno, per esempio, che non ha eredi legittimari, volendo usare liberalità ad un più lontano parente, senza destare le invidie dei più prossimi, e dar luogo a discordie di famiglia, ha coperta sotto l'apparenza d'una vendita la donazione, fingendo di ricevere un prezzo, di cui egli stesso aveva prima dell'atto somministrato il danaro all'apparente compratore, o che gli restituì tosto dopo la celebrazione dell'atto, dal quale si faceva apparire il pagamento. Non vi essendo frode, nè alla persona, nè alla legge, nessuna delle due parti della distinzione, che sopra riferimmo, sarebbe applicabile a questo caso. Ma la dottrina generalmente professata, e consacrata dalla giurisprudenza, è veramente più generale; e consiste nello stabilire, che le prove per testimoni o per presunzioni non siano generalmente ammissibili, se proposte da una delle parti, che per libero consenso si prestarono alla simulazione; e solo siano proponibili per stabilire l'esistenza d'una simulazione, che abbia avuto per oggetto di coprire una *frode alla legge* (2).

Uno scrittore più recente, consentendo egli pure nella prima di queste massime, ha però reputata troppo assoluta la seconda, parendogli necessario riferirsi alle circostanze particolari di ciascun caso singolo, per riconoscere

---

(1) V. Demolombe, t. XXX, n. 181.

(2) V. Toullier, t. IX, n. 179-184; Duranton, t. X, n. 357; Larombière, *Théor. et prat. des obligations*, t. V, art. 1348, n. 18; Marcadé, art. 1348, § IV, t. V, pag. 139, 140; Aubry e Rau, t. VIII, § 765, nº 25, 28.

se di fatto vi sia stata, o no, per la parte allegante la simulazione, la possibilità di procurarsene, allorchè fu compiuto l'atto che pretendesi simulato, una prova letterale; respingendo nella prima ipotesi la prova testimoniale o per presunzioni, ammettendola nell'ipotesi contraria (1).

Pare a noi, che riferendosi, innanzi tutto, ai principii generali stabiliti dalla legge in ordine all'ammissibilità di questa specie di prove, e facendone l'applicazione pura e semplice ai casi in cui una delle parti voglia provare in giudizio una simulazione, alla quale essa medesima abbia liberamente prestato il proprio consenso, si possa ricavarne più facili e più sicure risoluzioni nel grave argomento che ora ci occupa.

La legge stabilisce per principio fondamentale " non " potersi ammettere la prova per mezzo di testimoni di una " convenzione, il cui oggetto ecceda in valore le lire 500; " nè potersi ammettere tale prova contro od in aggiunta " al contenuto in atti scritti, nè sopra ciò che si allegasse " essere stato detto avanti, contemporaneamente o poste- " riormente ai medesimi, ancorchè si trattasse di somma " o valore minore di lire 500 " (art. 1341, Cod. civ.). A queste regole però fa eccezione, rendendo ammissibile la prova testimoniale, *quando vi sia un principio di prova per iscritto* (art. 1347, Cod. civ.), e *quando non sia stato possibile di procurarsi una prova scritta* (art. 1348 Cod. civ.). Le stesse norme rende poi comuni eziandio all'ammissibilità delle *presunzioni di fatto* (art. 1354, Cod. civ.).

Or bisogna rammentare, che la simulazione consiste talvolta nel fingere un atto soltanto apparente, ma a cui le parti non diedero veramente col loro consenso alcuna esistenza giuridica; altre volte consiste invece nel dare all'atto un carattere apparente diverso da quello che secondo la vera volontà delle parti s'intese di attribuirgli (2). Bisogna

(1) V. Laurent, t. XIX, n. 590, 594, 595.
(2) V. sopra, n. 90, pag. 415, ss.

rammentare ancora, che in quest'ultimo caso la prova della simulazione dipende da quella del vero atto, della vera convenzione, che le parti intesero di formare; ciò includendo necessariamente la dimostrazione che l'atto apparente non fosse sincero. La parte, che per impedire all'altra di trarre indebito profitto da un atto soltanto apparente, chieda d'essere ammessa a provare la simulazione, propone questa prova *contro il contenuto dell'atto scritto*. La parte che si propone invece di dimostrare un carattere giuridico, volutosi realmente attribuire all'atto, diverso dall'apparente, ha da provare l'esistenza dell'atto vero, e distruggere con ciò la prova contraria risultante dall'atto scritto. In amendue i casi, e sotto un duplice aspetto nel secondo di essi, ed ancorchè si tratti di somma o valore minore di cinquecento lire, osta dunque sempre all'ammissibilità della prova testimoniale la disposizione dell'articolo 1341.

Così, se per uno scopo qualunque, che non sia di frode alla legge, nè contrario all'ordine pubblico od al buon costume, siasi fatto apparire da un atto che un tale abbia ricevuta da un altro una determinata somma, a titolo, per esempio, di prestito, o di deposito, o siasi data dal creditore al debitore la quitanza d'un pagamento, che questi non abbia veramente eseguito; e se più tardi l'apparente sovventore o depositante chieda la restituzione delle somme, che si è fatto falsamente apparire aver esso prestato o consegnato, o il creditore chieda il pagamento, che non ha realmente ricevuto; l'apparente mutuatario o depositario, o il creditore, a cui viene opposta dal debitore la quitanza simulata, non potranno essere ammessi a provare per testimoni o per presunzioni l'inesistenza dell'atto apparente, a provare, cioè, che il prestito o il deposito non ebbe realmente luogo, che il pagamento del debito non fu veramente eseguito. Queste prove, che essi proponessero, sarebbero contrarie al contenuto dell'atto scritto, da cui risulta essersi fatto il prestito o il deposito, essersi eseguito il pagamento; e l'ammetterle in tal caso è vietato dall'articolo 1341. Im-

puti a sè stesso l'apparente mutuatario, o depositario, imputi a sè stesso il creditore, di non essersi procurata una prova letterale, una *controdichiarazione*, la quale smentisse ciò che si era fatto falsamente apparire dalla scrittura. Opporrà egli, che l'apparente obbligazione di prestito o deposito manca di causa, e perciò non può avere esistenza ed effetti giuridici, e che chi reclama la restituzione del prestito o deposito non fatto, o il debitore che oppone la falsa quitanza, agiscono in mala fede? Tutto ciò sarebbe vero, ma supponendo provata la simulazione, la quale, per la inammissibilità delle prove che se ne propongono, deve considerarsi in diritto come esclusa. Nè, d'altra parte, può confondersi la mala fede, di cui si rende colpevole chi approfitta della falsa apparenza dell'atto, col *dolo* che — come già abbiam notato — potrebb'essere provato con qualunque mezzo, anche per testimoni o per presunzioni. Qui non vi è *dolo*, che abbia viziato il consenso di una delle parti, le quali supponiamo che abbiano liberamente concorso a quell'atto, da cui si faceva apparire un contratto od un fatto non vero. Vi è *mala fede* in chi vuol poi rivolgere a proprio vantaggio ed a detrimento dell'altra parte la simulazione a cui hanno cooperato; ma questa mala fede, questo dolo — se così vuolsi chiamarlo — è *posteriore all'atto* che si afferma simulato, e per poterlo allegare bisognerebbe prima provare la simulazione; prova che non può farsi per testimoni o presunzioni contro le risultanze dell'atto scritto (1).

Parimenti, qualora, senz'alcuno scopo di eludere una legge proibitiva, o di offendere l'ordine pubblico od il buon costume, siasi data ad un atto l'apparenza d'un carattere diverso da quello che le parti col loro consenso veramente gli attribuivano — qualora, per esempio, siasi travisata

---

(1) V. Demolombe, t. XXX, n. 182, 183; Laurent, t. XIX, n. 590.
V. decisione della Corte di cassazione di Napoli, 26 agosto 1879 (*Giur. Ital.*, XXXI, 1, 1121).

una donazione sotto l'apparenza d'una vendita, di cui facevasi fintamente risultare pagato il prezzo — e più tardi vogliasi dimostrare la vera natura, il vero carattere giuridico dell'atto, allo scopo di farne determinare gli effetti giuridici, secondo ciò che le parti hanno realmente inteso di convenire o disporre — per esempio, vogliasi dimostrare che l'apparente vendita era in realtà una donazione, subordinata a certi oneri imposti al donatario, per poterla revocare in causa dell'inadempimento di tali oneri da parte di lui — la prova della simulazione non potrà farsi per testimoni, nè per presunzioni. Anche qui tale prova verrebbe *contro il contenuto dell'atto scritto*, da cui risulta una vendita, non la donazione onerosa che si asserisce, e la prova testimoniale e com'essa quella per presunzioni, è per la detta ragione vietata; anche qui la parte, che ha trasmessa la proprietà della cosa, deve imputare a sè di non essersi procurata, mediante una *controdichiarazione*, la prova letterale del vero carattere dell'atto, a cui per uno scopo non fraudolento contro la legge, nè contro l'ordine pubblico od il buon costume, si era data una falsa apparenza (1).

Alla regola stabilita nel predetto articolo 1341, è però fatta una prima eccezione; pel caso in cui vi sia *un principio di prova per iscritto*, che allora si può completare, tanto con testimonianze (art. 1347, Cod. civ.), quanto con presunzioni (art. 1354 Cod. civ.). E questa eccezione pure è applicabile alla prova della simulazione. O sia questa consistita nel far apparire una convenzione o disposizione, a cui le parti non volevano veramente dare alcuna esistenza giuridica, o nell'attribuire ad un atto realmente compiuto un carattere apparente diverso da quello che era nella intenzione dei contraenti o del disponente, se si

(1) V. Demolombe, t. XXX, n. 182, 183; Laurent, t. XIX, n. 590. V. decisione della Corte di Cassazione di Napoli, 26 agosto 1879 (*Giur. Ital.*, XXXI, I, 1121)

può produrre uno scritto proveniente da colui, contro il quale si propone la prova della simulazione, e che renda questa *verosimile* (v. art. 1347, § 2, Cod. civ.), non può esservi ragione di negare all'altra parte di completare questa prova col mezzo di testimonianze e di presunzioni; giacchè la verosimiglianza della simulazione, risultante da uno scritto, che è opera della stessa persona contro cui viene allegata, rimuove il pericolo, cui si volle ovviare colla proibizione generale di proporre prove testimoniali contro il contenuto di un atto scritto; il pericolo, cioè, di scuoter la fede dovuta agli atti scritti, i quali costituiscono la più solida base degli interessi civili, e di abbandonare all'incertezza le relazioni sociali, col permettere che la più sicura delle prove, qual è la scrittura o pubblica o privata, potesse esser combattuta colla più dubbia e la più pericolosa delle prove, qual è la testimoniale.

E di fatto la massima, che in presenza d'un principio di prova per iscritto si possa completare col mezzo di testimonianze o di presunzioni la dimostrazione della simulazione, che venga opposta ad un atto, sia poi per contestarne assolutamente l'esistenza giuridica, o per stabilirne un carattere giuridico diverso dall'apparente, e per qualunque sia lo scopo a cui la simulazione sia stata diretta, è accettata senza contrasto nella dottrina, e fu consacrata anche nella giurisprudenza nostrale da numerosi arresti (1).

Il principio di prova per iscritto potrebbesi anche desumere dall'atto stesso, di cui fosse allegata la simulazione, qualora dal complesso dei patti contenutivi e dei fatti ivi enunciati, risultasse essere inverosimile che la convenzione o disposizione apparente dall'atto predetto fosse vera e reale (2).

---

(1) V. decisioni della Cassaz. di Torino, 21 febbraio 1866 (*Giur. It.*, XVIII, I, 92) e 23 luglio 1875 (*Annali di Giur.*, IX, I, 329); della Cassazione di Napoli, 18 luglio 1873 (*Annali di Giur.* V, I, 394) e 3 luglio 1884 (*Giur. Ital.*, XXXVII, I, 8); della Cassaz. di Firenze, 23 febbraio 1880 (*Foro Ital.*, V, I, 1003).

(2) V. decisione della Corte di cassazione di Napoli, 18 marzo 1873 (*Ann. di Giur.*, VII, I, 353).

Qualora manchi ogni principio di prova per iscritto, rimane ferma la massima generale, che non possa provarsi la simulazione di un atto col mezzo di testimoni o di presunzioni, perchè questi mezzi di prova verrebbero dedotti *contro il contenuto di un atto scritto*; ciò che è vietato dall'art. 1341 Cod. civ. Per altro a quella regola il Codice stesso fa un'altra eccezione nell'articolo 1348, pel caso in cui *non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui*. Ora, una simile eccezione sarà pure applicabile per la prova della simulazione, qualora non sia stato possibile di procurarsene la prova scritta, mediante una controdichiarazione? In massima, ciò non pare contestabile, nè infatti è contraddetto da alcuno.

Non si tratta qui d'una di quelle eccezioni, procedenti dal mero dritto positivo, le quali non possono estendersi oltre ai casi espressamente contemplati dal legislatore. Si tratta invece d'una eccezione derivante dalla natura stessa e dalla necessità delle cose; perchè nessuno può esser tenuto all'impossibile, e dato l'accertamento della impossibilità, in cui una delle parti siasi trovata, di procurarsi la prova scritta della simulazione, alla quale abbia cooperato, sarebbe assurdo negarle la facoltà di somministrarne la prova cogli unici mezzi possibili, delle testimonianze o delle presunzioni, lasciando così tutto il vantaggio della simulazione all'altra parte, che volesse abusarne. Se dunque sia accertato in giudizio, o per ammissione della parte avversaria, o per prove somministrate, che a quella di esse, la quale allega la simulazione, sia stato impossibile di procurarsene una prova scritta, non può esser dubbia l'applicabilità dell'art. 1348 Cod. civ., e conseguentemente l'ammissibilità della prova per testimoni o per presunzioni. La quistione rimane limitata al punto di stabilire, se quando l'addotta simulazione abbia avuto per oggetto di coprire una *frode alla legge*, debba reputarsi abbastanza accertata da ciò stesso la impossi-

bilità in cui siasi trovata la parte allegante di procurarsene, al tempo in cui compì l'atto simulato, una prova scritta, ovvero se di questa circostanza abbisogni sempre una dimostrazione positiva; ed è appunto intorno a ciò, che verte la discordia di opinioni sopra accennata.

L'opinione comune è, che qualora la simulazione abbia avuto per oggetto di coprire *una frode alla legge,* quella delle parti, che abbia interesse a dimostrarla, debba essere ammessa a farne prova anche per testimoni o per presunzioni. Gli autori francesi sono quasi tutti concordi in questa massima, e la Corte di cassazione l'adottò in una decisione a sezioni riunite, sulle conclusioni conformi del Procuratore generale. È vero, però, che gli argomenti in favore di tale opinione si desumevano per gran parte dalla disposizione dell'art. 1353 del Codice Napoleone, ov'era detto: " Le presunzioni, che non sono " stabilite dalla legge, sono lasciate alla dottrina ed alla " prudenza del magistrato, il quale non deve ammettere " che presunzioni gravi, precise e concordanti, e nel caso " unicamente in cui la legge ammette la prova testimo- " niale, *quando però l'atto non sia impugnato per causa di* " *frode o di dolo* ". Da queste ultime parole la maggior parte dei commentatori deducevano, che ammettendosi le *presunzioni di fatto* come mezzi di prova in appoggio della impugnativa di un atto *per causa di frode* — senza distinguere se si trattasse di frode a danno di determinate persone, o di *frode alla legge* — dovesse per conseguenza ritenersi ammissibile in quest'ultimo caso anche la *prova per testimoni,* giacchè lo stesso articolo 1353 parificava, in ordine ai casi in cui fossero ammissibili, le prove per testimoni e per presunzioni. Altri, all'opposto, consideravano la predetta disposizione dell'articolo 1353 come contraria, anzichè favorevole, all'ammissibilità della prova testimoniale in materia di *frode* e *dolo:* giacchè — secondo i termini in cui era espressa — faceva per questi casi appunto eccezione alla parificazione delle prove per

testimoni e per presunzioni, dichiarando che il giudice non dovesse ammettere queste, se non *nei soli casi in cui la legge ammette la prova testimoniale, quando però l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.*

Comunque sia di questa contesa, essa non ha più importanza relativamente al Codice nostro; poichè nell'articolo 1354 di esso, corrispondente al 1353 del Codice Napoleone, furono cancellate appunto quelle parole — *quando l'atto non sia impugnato per causa di frode* — che agli uni sembravano dar fondamento all'ammissibilità della prova testimoniale nel caso di simulazione, che costituisse una frode alla legge, mentre altri vi trovavano invece un argomento efficace per l'opinione contraria. Nè fu questa una omissione fatta a caso; chè anzi, sulla proposta d'uno dei commissari, perchè quelle parole venissero tolte dall'art. 1387 del progetto, nel quale erano state riprodotte, uno dei più illustri giureconsulti italiani, il compianto Pisanelli, osservò che " siccome quando trattasi " di frode o di dolo, torna pressochè impossibile procu- " rarsene una prova scritta, così bisogna convenire — e " niuno ne ha mai dubitato — che *la prova per testi-* " *moni sia sempre in siffatti casi ammissibile.* E se questa " prova è ammissibile, vuolsi già per questo conchiudere " che siano ammissibili anche le presunzioni; quindi le " ultime parole dell'art. 1387 sono veramente superflue ". Per queste ragioni fu votata quasi all'unanimità la soppressione dell'ultimo inciso di detto articolo (1).

Se non che, vi sono pure altre ragioni decisive — a nostro modo di vedere — per dover adottare anche nel diritto nostro la massima, che le prove per testimoni e per presunzioni possano sempre esser proposte dall'una delle parti contro l'altra, all'oggetto di accertare la simulazione avvenuta in un atto, qualora questa sia stata diretta

---

(1) V. *Processi verbali* della Commissione coordinatrice, n. 35, § IV, pagine 404-406.

ad eludere una disposizione di legge proibitiva o d'ordine pubblico, od anche indipendentemente da qualunque violazione di testi positivi, abbia avuto uno scopo contrario all'ordine pubblico od ai buon costume.

E innanzi tutto, è evidente quanto sia necessaria codesta massima per guarentia dei più importanti interessi sociali. Chi simula per far frode ad una legge proibitiva, o per riuscire in un intento contrario all'ordine pubblico od al buon costume, evita sempre di lasciarne traccie quali che siano in uno scritto, il quale potrebbe più tardi venirgli opposto per impedire il raggiungimento dello scopo che si è prefisso. Vietare in questi casi le prove per testimoni o per presunzioni, che sono di fatto le sole generalmente possibili, equivarrebbe pertanto a consacrare l'impunità di simili frodi alla legge. Sarebbe strano che per la diffidenza ispirata da tali mezzi di prova, pel timore di false testimonianze, o di errori giudiziali nelle induzioni che possono trarsi da presunzioni di fatto, si lasciasse aperto l'adito a tutte le violazioni di leggi proibitive, dell'ordine pubblico e del buon costume, che si potessero commettere col mezzo di simulazioni fraudolente.

Un simile concetto — estendendolo anzi a tutti generalmente i casi di *dolo* e *frode*, per cui un atto sia impugnato — venne chiaramente espresso nel processo verbale della Commissione ordinatrice, a cui sopra ci riferimmo. " Niuno può dubitare — diceva il Precerutti — che il " dolo e la frode si possano provare con testimoni, es- " sendo sovente questa la sola prova di cui possa valersi " l'interessato ad impugnare l'atto per causa di dolo o " di frode ". E similmente soggiungeva il Pisanelli: " Sic- " come quando trattasi di frode e di dolo, torna pres- " sochè impossibile procurarsene una prova scritta, così " bisogna convenire — e niuno ne ha mai dubitato — " che la prova per testimoni sia sempre in siffatti casi " ammissibile ".

Codeste dichiarazioni, fatte dai giureconsulti che presero parte alla compilazione del Codice italiano, sono per certo un argomento di non lieve peso per ritenere conforme agli intendimenti del nostro legislatore la massima, che le prove per testimoni e per presunzioni siano sempre ammissibili, quando si tratti di simulazioni fatte in frode della legge.

Il Laurent, del quale citammo l'opinione autorevolissima contro l'ammissione assoluta di questa massima, conviene egli pure della ragionevolezza di essa. " Noi vorremmo " — così scrive — che questo principio fosse iscritto " nel testo della legge; ma noi ve lo cerchiamo invano ". E da ciò conchiude che si debba esaminare in ciascun caso speciale se vi sia stata, o no, di fatto la possibilità di procurarsi una prova letterale della simulazione (1).

Neppure nel Codice italiano troviamo veramente la dichiarazione espressa, che la frode fatta ad una legge proibitiva o d'ordine pubblico possa sempre provarsi coi mezzi dei testimoni e delle presunzioni. Ma tutto sta a vedere se, in mancanza d'una testuale dichiarazione, quella massima non risulti però implicita, ma abbastanza chiara e sicura dalle regole che il Codice stesso ha stabilite in ordine all'ammissibilità della prova per testimoni; regole che ha poi rese comuni, coll'art. 1354, anche alle presunzioni. Ed è appunto nella disposizione dell'art. 1348, che troviamo il fondamento della massima predetta. Quell'articolo fa eccezione alla regola, che vieta l'ammissione della prova testimoniale *contro il contenuto in atti scritti, ogniqualvolta non è stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui*. E parimente può dunque provarsi per testimoni la simulazione avvenuta in un atto, qualora non sia stato possibile, al tempo dell'atto medesimo, di procurarsi la prova scritta di tale simulazione. Ora, tutti sono d'accordo nel ritenere che la *impossibilità*, di cui parla la legge in questo luogo, debba intendersi non tanto nel

---

(1) V. Laurent, t. XIX, n. 595, 601.

senso d'una impossibilità fisica, quanto, e più specialmente, nel senso d'una *impossibilità morale*. E chi consente ad una simulazione diretta ad eludere in vantaggio dell'altra parte una disposizione di legge proibitiva o d'ordine pubblico, trovasi appunto in questa condizione, che gli è moralmente impossibile di procurarsi una prova scritta, di farsi rimettere dall'altra parte una controdichiarazione, dalla quale risulti la vera convenzione.

Si oppone che la parte, in cui danno ebbe luogo la simulazione, era libera di non consentirvi. E ciò può esser vero, sino ad un certo punto; perchè, quasi sempre è per un costringimento morale, che la parte, a cui pregiudizio si vuole far frode alla legge, s'induce a prestarsi alla simulazione. Ma ad ogni modo non è nella possibilità morale di consentire o no all'atto simulato, che risiede la questione; ma — data la formazione di quest'atto — nella possibilità di procurarsi una prova scritta della simulazione in esso avvenuta. Ed è troppo manifesto come *moralmente* questa possibilità non vi sia; perchè il richiedere una prova scritta della simulazione alla parte che se ne avvantaggia, equivarrebbe a manifestare la intenzione di valersi contro di lei, quando che fosse, di quella controdichiarazione; e ciò impedirebbe naturalmente la formazione dell'atto, a cui l'altra parte, quantunque con suo danno, vuole pur devenire, ed al quale è il più spesso moralmente costretta.

Crediamo dunque che la eccezionale ammissione della prova testimoniale, secondo l'art. 1348 del Codice civile, sia perfettamente applicabile al caso in cui si tratti di accertare la simulazione fraudolenta, fatta in un atto per eludere una disposizione di legge proibitiva o d'ordine pubblico, o per effettuare cosa contraria in qualunque modo all'ordine pubblico od al buon costume (1). E tanto più

---

(1) V. Bonnier, *Traité théor. et prat. des preuves*, n. 142; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, art. 1348, n. 19; Demolombe, t. XXX, n. 185-188; Aubry e Rau, t. VIII, § 765, 1°, nª 28.

ci rafferma in questa opinione l'osservare, che lo stesso illustre contraddittore di essa, il Laurent, dopo avere professato che l'ammissibilità della prova testimoniale per la simulazione debba dipendere dall'esaminare in ciascuna specie, se sia stato, o no, possibile il procurarsene una prova scritta, ammette però non richiedersi una impossibilità assoluta e di fatto, bastare una impossibilità relativa e morale; e passando poi in rassegna i diversi casi, che si presentarono alla decisione dei tribunali, in tutti riconosce essersi verificata la impossibilità di procurarsi la prova scritta, ed essersi quindi a buon diritto ammessa la prova testimoniale; eccettuato un solo caso, in cui trova motivo di dubitarne. Trattavasi in quella specie d'una liberalità fatta da un fratello in favore di una sorella, sotto l'apparenza d'una obbligazione di somma esigibile dopo la morte del fratello, e senza interessi durante la vita di lui. L'autore nota giustamente, che in questo caso la simulazione era in frode del principio che le liberalità a causa di morte sono *revocabili;* ma reputa nondimeno che non fosse ammissibile la prova per testimoni, perchè non era impossibile al fratello di esigere dalla sorella una controdichiarazione, da cui risultasse che l'apparente debito era una liberalità: e il fatto della sopravvenienza di un figlio, che aveva dato occasione pel fratello a chiedere la dichiarazione di nullità dell'obbligazione come simulata, *non poteva essere preveduto al tempo del contratto* (1). Ora, in questo caso pure parrebbe a noi rettamente pronunciato l'arresto, censurato dal Laurent, che ammise la prova testimoniale. Il fratello avea voluto fare, la sorella aveva accettata una liberalità avente realmente i caratteri giuridici e gli effetti d'un atto d'ultima volontà; salvochè si era voluto derogare all'essenziale revocabilità di tali atti, e perciò si era data a quella liberalità l'apparenza di una obbligazione contrattuale. Era una frode fatta ad una legge d'ordine pubblico, e

---

(1) V. Laurent, t. XIX, n. 600.

perciò non si poteva permettere che avesse effetto. Quindi la necessità di ammettere la prova testimoniale, come solo mezzo possibile per mettere in luce una tal frode. Si oppone che il fratello non si era trovato nella impossibilità di procurarsi la prova letterale della simulazione. Ma, poichè la intenzione comune delle parti era di rendere irrevocabile quella liberalità, era mai compatibile con questa intenzione, era quindi *possibile moralmente* il procurarsi una controdichiarazione, che avrebbe lasciato in potere del fratello di revocare, quando volesse, la propria liberalità? Si oppone ancora che il fatto della sopravvenienza d'un figlio non era prevedibile al tempo del contratto? Che importa ciò? Non era contro l'uno o l'altro fatto speciale, il quale potesse dar motivo alla revocazione, che le parti volessero premunirsi mediante la simulazione, ma era genericamente alla revocabilità stessa che intendevano derogare; e posto ciò, diveniva moralmente impossibile che si domandasse dall'una parte e si rilasciasse dall'altra una controdichiarazione.

Nella giurisprudenza nostra fu costantemente applicata la massima, che sia ammissibile la prova testimoniale per accertare una simulazione fatta in frode di disposizioni di legge di ordine pubblico (1).

Così potrà provarsi per testimoni, che una obbligazione di somma di danaro, apparentemente contratta a titolo di mutuo, o di prezzo di vendita, non costituisca in realtà che una clausola penale stipulata pel caso d'inadempimento di una promessa di futuro matrimonio, al fine di eludere la disposizione dell'articolo 53 del Codice civile; o non sia che un debito di giuoco o di scommessa, pel quale siasi voluto in tal modo far luogo a quell'azione civile, che è negata dal-

---

(1) V. decisioni delle Corti di cassazione di Roma, 19 aprile 1879 (*Foro Ital.*, IV, 1, 1035), di Napoli, 13 giugno 1881 (*Giuris. Ital.*, XXXIII, 1, 498), di Torino, 9 agosto 1883 (*Giuris. Ital.*, XXXV, 1, 696) e 14 dicembre 1883 (*Giuris. Ital.*, XXXVI, 1, 368) e della Corte d'appello di Milano, 16 dicembre 1884 (*Giuris. Ital.*, XXXVII, II, 101).

l'articolo 1802. Lo stesso è a dirsi se si chieda di provare per testimoni, che una donazione sia stata travisata sotto l'apparenza di un contratto oneroso, allo scopo d'impedire la revocabilità della donazione stessa, quando se ne verificassero i casi contemplati dalla legge (art. 1078 Cod. civ.).

La medesima dottrina è pure applicabile a tutti i casi, in cui sia simulata una causa non vera d'una obbligazione; la quale, essendo contratta in realtà per una *causa illecita*, perchè contraria ad una disposizione di legge avente per iscopo l'utilità generale, o la protezione di persone incapaci, o perchè contraria ai buoni costumi od all'ordine pubblico, sarebbe per questo motivo da riguardarsi come nulla, a senso dell'articolo 1119 del Codice civile.

Alcuni autori insegnarono, che qualora sia riconosciuta da tutte le parti la simulazione della causa d'una obbligazione, che si trovi espressa nell'atto relativo, la prova testimoniale possa essere ammessa per stabilire l'esistenza della causa vera (1). Questa opinione è contraddetta da un altro autore; il quale pensa, che la causa d'una obbligazione essendo un fatto giuridico, alla prova del quale è quindi applicabile la disposizione dell'art. 1341 del Codice francese (a cui corrisponde l'articolo di pari numero del Codice nostro), non sia lecito ai giudici ammettere per eccezione la prova testimoniale circa un tal fatto, se non quando ricorrano appunto i casi di eccezione tassativamente contemplati nei successivi articoli 1347 e 1348, cioè dell'esistenza di un principio di prova per iscritto, o della impossibilità, in cui siasi trovata la parte, di procurarsi una prova scritta del fatto medesimo (2).

Una delle nostre Corti Supreme ha pure stabilita la massima, che quando dalle parti sia ammessa la simulazione della causa d'obbligazione, spetti alla parte chiedente l'adempimento dell'obbligazione medesima di giustificare

(1) Aubry e Rau, t. VIII, § 765, nª 27; Demolombe, t. XXX, n. 182.
(2) V. Laurent, t. XVI, n. 121, 122, t. XIX, n. 592.

l'esistenza d'una causa diversa, capace di creare un vincolo giuridico tra i contraenti (1).

Gioverà, innanzi tutto, riflettere che qui non è veramente in questione l'ammissibilità delle testimonianze o delle presunzioni *per la prova della simulazione;* poichè, supponendosi riconosciuto da tutte le parti che la causa enunciata nell'atto di obbligazione è falsa, la simulazione è pienamente provata mediante questa *confessione*, nè può quindi esservi luogo a disputa sull'ammissibilità di altra prova in proposito. Trattandosi dunque di un'obbligazione, che per quanto risulta dall'atto, e dalla confessione della parte, sarebbe *fondata sopra una causa falsa*, quella obbligazione *non potrebbe avere alcun effetto* — secondochè è espresso nell'art. 1119 Codice civile —; a meno che venga provata l'esistenza di un'altra causa, sufficiente e lecita, su cui l'obbligazione stessa possa legittimamente fondarsi. Intorno appunto alla prova della causa vera d'una obbligazione, di cui le parti concordemente riconoscano simulata la causa enunciata nell'atto, sorgono due questioni, che importa tenere distinte; l'una delle quali consiste nello stabilire a quali delle due parti contendenti incomba l'onere della prova; l'altra riguarda i mezzi, con cui tale prova possa essere somministrata.

Il primo quesito non dà luogo veramente a nessuna grave difficoltà. Dimostrata, mediante la confessione della parte, la falsità della causa espressa nell'atto, e quindi la inefficacia giuridica della obbligazione, a senso dell'articolo 1119, incombe naturalmente alla parte medesima, al creditore, che nondimeno sostiene l'esistenza giuridica dell'obbligazione e ne chiede l'adempimento, l'onere di provare l'esistenza di una causa diversa, suscettibile di produrre una obbligazione legittima e valida. Opporrà egli forse, che secondo l'art. 1121 del Codice civile " *la causa*

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 12 giugno 1879 (*Foro Ital.*, IV, 1, 1067).

“ *si presume sino a che non si provi il contrario?* „ Ma sarà facile il rispondergli: che quell'articolo suppone che nell'atto *non sia enunciata affatto la causa* dell'obbligazione, ed ha per iscopo di risolvere, nel modo che si è reputato migliore, la questione, gravemente controversa in diritto francese, a quali delle due parti contendenti dovesse in tal caso incombere l'onere della prova; se spettasse al preteso creditore di provare l'esistenza d'una causa lecita dell'obbligazione, od al preteso debitore di provare che la causa non esiste. Qui, all'opposto, la causa dell'obbligazione si suppone espressa nell'atto, ma falsa, e per tale riconosciuta dalle parti. Si è quindi fuori del caso previsto dall'articolo 1121; anzi, nel riconoscimento, fatto dalle parti, della simulazione di causa, si ha quella *prova contraria* alla causa medesima, che nel detto articolo è preveduta. Così non sembra contestabile il buon fondamento della massima adottata dalla Corte di cassazione di Firenze nella decisione sopra citata.

Diversa però, e ben più grave, è la questione relativa ai mezzi di prova, che il creditore possa proporre per accertare l'esistenza di una causa vera e lecita dell'obbligazione contratta verso di lui; ed è intorno a ciò che verte la differenza di opinioni superiormente accennata.

Il maggior numero degli autori ritiene proponibili sempre a tal uopo dal creditore le prove per testimoni e per presunzioni. Ma — come nota il Laurent — “ La causa “ d'una obbligazione è il motivo giuridico, che induce le “ parti a contrattare; è quindi un fatto giuridico, del quale “ pertanto la parte interessata deve procurarsi una prova “ scritta, in virtù dell'articolo 1341, salvochè si trovi in “ uno dei casi di eccezione preveduti negli art. 1347 e “ 1348; ma non può mai appartenere ai giudici di ammet- “ tere altre eccezioni, oltre a quelle che sono stabilite dalla “ legge „.

La prova, che si vuol fare, è non solo *in aggiunta*, ma in opposizione al contenuto dell'atto scritto; nel quale era enunciata una causa diversa d'obbligazione, riconosciuta

dalle parti stesse come simulata. L'art. 1341 del nostro Codice vieta dunque in tal caso l'ammissione della prova per mezzo di testimoni, qualunque sia il valore dell'oggetto d'obbligazione. Resta solo di vedere, se mai possa dirsi verificato l'uno o l'altro dei casi di eccezione contemplati negli articoli 1347 e 1348. Ed appunto gli autori, che opinano per l'ammissibilità della prova testimoniale, ne traggono argomento da ciò, che l'atto stesso, mediante il quale si è fatto constare dell'esistenza dell'obbligazione, esprimendone una causa simulata, costituisca *un principio di prova scritta*, per cui si renda ammissibile, a norma dell'art. 1347, la prova testimoniale al fine di stabilire l'esistenza della vera causa (1).

Ma com'è possibile considerare l'atto, contenente l'enunciazione di una falsa causa, come formante principio di prova, *che renda verosimile il fatto allegato*, dell'esistenza d'altra causa sufficiente e lecita, se anzi la simulazione confessata della causa d'obbligazione farebbe presumere naturalmente che fosse stata fatta allo scopo di coprire la causa vera perchè insufficiente od illecita? D'altra parte mal si comprende come possa assumersi un atto quale principio di prova d'un fatto giuridico precisamente contrario alle enunciazioni in quell'atto contenute.

Rimarrebbe dunque soltanto di potersi appoggiare all'altra eccezione stabilita dall'art. 1348; allegando, cioè, *non essere stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta* di quella vera causa d'obbligazione, ch'egli adduce in luogo dell'altra enunciata nell'atto, da lui stesso riconosciuta per simulata. E se veramente potesse dimostrare d'essersi trovato in tale impossibilità, non vi è dubbio che sarebbe anche ammesso a provare per testimoni la vera causa dell'obbligazione verso lui assunta; ciò essendo una applicazione diretta e incontestabile del disposto nel predetto articolo 1348.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 765, nª 27, combinato col § 345, nª 21, t. IV.

Ma la questione si riduce tutta a vedere, se la simulazione avvenuta costituisca una circostanza bastante per sè sola a far ritenere, che il creditore siasi trovato nella impossibilità di procurarsi al tempo dell'atto la prova scritta di quella vera causa, sufficiente e lecita, d'obbligazione, che chiede poi di essere ammesso a provare col mezzo di testimonianze o di presunzioni. Ora, è ciò appunto che non pare sostenibile. Quando si tratta di provare che la causa espressa nell'atto è simulata, e che l'obbligazione fu in realtà contratta per una *causa illecita;* il debitore, che fa queste allegazioni, può in verità affermare che gli fu *impossibile moralmente* di procurarsi una prova scritta di tale fatto. Obbligandosi per una causa illecita, la quale produceva la nullità dell'obbligazione, e consentendo perciò ad assumerla sotto specie d'una diversa causa simulata, come avrebbe potuto richiedere allo stipulante una controdichiarazione, da cui risultasse che la vera causa dell'obbligazione era illecita, mostrandogli con ciò di volersi tenere in mano il mezzo per far annullare l'obbligazione quando gli piacesse? Perciò ammettemmo che *il debitore* possa provare per testimoni o presunzioni la simulazione della causa della obbligazione da lui assunta, appoggiandosi alla disposizione eccezionale dell'art. 1348 Cod. civ. Ma qui la cosa è diversa; qui è *il creditore,* che confessando la simulazione della causa espressa nell'atto d'obbligazione, vuole poi provare che nondimeno esista una causa diversa e lecita, la quale renda legittima e valida l'obbligazione contratta dal debitore. Or nulla gl'impediva, consentendo pure ad esprimere nell'atto una causa simulata d'obbligazione, di esigere però dal debitore che gli rilasciasse una controdichiarazione accertante la causa vera e lecita, chè tale bisogna supporla, se il creditore può fondare sovr'essa un'azione per costringere il debitore all'adempimento dell'obbligazione contratta.

Per queste ragioni propenderemmo a ritenere — secondo l'opinione manifestata dal Laurent — che qualora sia rico-

nosciuta da tutte le parti la simulazione della causa d'obbligazione espressa nell'atto, ed il creditore chieda nondimeno d'essere ammesso a provare l'esistenza d'un altra causa, sufficiente e lecita, dell'obbligazione stessa, non possa però egli proporre tale prova col mezzo di testimoni o di presunzioni, se non quando abbia positivamente dimostrata in fatto la impossibilità, in cui siasi trovato, di procurarsene la prova scritta, a senso dell'art. 1348 del Codice civile.

Le regole, che abbiamo finora dimostrate in riguardo alla proponibilità delle prove per testimoni o per presunzioni, dedotte da una delle parti contro l'altra, sono ugualmente applicabili per coloro che rappresentino la parte stessa, sia in qualità di successori universali di lei, sia come creditori esercenti l'azione surrogatoria, a senso dell'art. 1234 del Codice civile. Gli eredi subentrano in tutti i diritti del loro autore, che non si siano estinti colla vita di lui, ma non possono esercitarne dei maggiori, salvochè procedano da altro titolo che quello di successione. Gli eredi d'una delle parti avranno dunque diritto d'essere ammessi a provare per testimoni o presunzioni la simulazione avvenuta in danno del loro autore, in quei casi medesimi in cui questi vi sarebbe stato ammesso; ma non quando questi mezzi di prova sarebbero stati a lui pure interdetti. Invocheranno essi la disposizione eccezionale dell'art. 1348 Cod. civ., allegando che per loro vi è stata, ad ogni modo, l'impossibilità di procurarsi la prova scritta della simulazione? Ma poichè essi vengono rappresentando e continuando giuridicamente la persona del loro autore, è nella identica condizione di lui che debbono collocarsi; ed è in relazione alla persona che fu parte all'atto, e in relazione al tempo in cui questo fu celebrato, che devesi stabilire esservi stata la impossibilità di procurarsi la prova scritta della simulazione, non già in relazione a coloro che ne divennero poi successori universali.

Quanto poi ai creditori, che agiscano a termini dell'articolo 1234 del Codice civile, siccome essi esercitano *in*

nome del debitore i diritti e le azioni competenti a lui — sebbene ciò costituisca un diritto che ad essi appartiene in proprio, e per l'esercizio del quale non abbisognano nè del consenso del debitore, nè dell'autorizzazione della giustizia — non è d'uopo d'altra dimostrazione per stabilire, che impugnando per simulazione un atto, nel quale il loro debitore sia stato parte, neppur possono proporre mezzi di prova che a lui sarebbero vietati.

All'opposto *i terzi*, che impugnino un atto giuridico come simulato in frode delle loro ragioni, possono provare codesta simulazione fraudolenta con qualunque dei mezzi permessi dalla legge, e quindi anche con testimoni o presunzioni. La regola scritta nell'art. 1341 del Cod. civile, che vieta la prova per testimoni quando sia proposta *contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti*, non è applicabile che alle parti intervenute all'atto, le quali sole potevano, in osservanza di quella disposizione di legge, far inserire nell'atto quelle clausole che reputassero di loro interesse, per potere appresso giovarsene; i terzi invece, che non figurano nell'atto, si trovano necessariamente sempre nella condizione di eccezione prevista dall'art. 1348, cioè nella impossibilità di procurarsi la prova scritta di quei fatti giuridici, relativi ad un atto altrui, che abbiano poscia occasione di allegare per evitar pregiudizi, che siansi voluti fare ai loro diritti. Perciò la massima, che i terzi possano sempre essere ammessi a provare per testimoni o presunzioni le simulazioni commesse a loro danno in atti altrui, è accettata senza contraddizioni nella dottrina (1), e fu pure consacrata in parecchi arresti delle nostre Corti (2).

---

(1) V. Toullier, t. IX, n. 164, 166, 184; Duranton, t. XIII, n. 338; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, art. 1348, n. 21; Demolombe, t. XXX, n. 179; Aubry e Rau, t. VIII, § 765, n° 21.

(2) V. decisioni delle Corti di cassazione di Torino, 30 dicembre 1874 (*Annali di Giurispr.*, IX, I, 245); di Roma, 18 gennaio 1877 (*Legge*, XVII, I, 537) e 22 marzo 1880 (*Legge*, XX, I, 555) e della Corte d'appello di Firenze, 8 ottobre 1877 (*Foro Ital.*, II, I, 1143).

Come *terzi* possono pure talvolta presentarsi ed agire gli eredi stessi ed i creditori d'una delle parti intervenute ad un atto, qualora essi lo impugnino come simulato in frode delle loro ragioni; poichè allora questi eredi, questi creditori non vengono a rappresentare in tale impugnazione il loro autore, ma insorgono anzi per diritto proprio contro l'atto dell'autore medesimo. Così un erede legittimario dev'essere ammesso, se lo chiede, a provare per testimoni o presunzioni che il suo autore, sotto specie d'un simulato contratto a titolo oneroso, abbia fatta una donazione eccedente la porzione disponibile (1); ed un erede, anche non legittimario, può similmente proporre la prova testimoniale o per presunzioni, al fine d'impugnare le liberalità, che il suo autore abbia fatte sotto la forma simulata di contratti onerosi, a favore di persone legalmente incapaci a ricevere quelle liberalità (2). Anche intorno a ciò si sono nel predetto senso pronunciate alcune delle nostre Corti supreme (3). Così pure possono invocare gli stessi mezzi di prova i creditori, quando impugnino qualche atto del loro debitore, come simulato in frode delle loro ragioni, allo scopo di farne limitare gli effetti a quelli che deve produrre secondo la sua vera natura ed il suo vero carattere giuridico (4).

Un'ultima osservazione dobbiamo fare ancora su questo importante argomento delle prove relative alla simulazione. Anche nei casi in cui, secondo le regole che abbiam dimostrate, è ammissibile la prova testimoniale e quella per presunzioni, qualora l'atto impugnato sia *pubblico* (art. 1315 Cod. civ.) possono bensì quelle prove essere proposte dai terzi, o secondo i casi anche dalle parti, contestando la realtà e sincerità dei fatti giuridici apparentemente operati dalle

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 765, nª 20; Demolombe, t. XXX, n. 180.
(2) V. Aubry e Rau, loc. cit., nª 24; Demolombe, t. XXX, n. 179.
(3) V. decisioni delle Corti di cassazione di Napoli, 7 marzo 1866 (*Legge*, VII, I, 719), di Torino, 11 novembre 1873 (*Legge*, XIII, I, 762).
(4) V. Aubry e Rau, t. IV, § 313, n. 5, t. VIII, § 765, nª 22.

parti stesse in quell'atto, arguendo cioè di simulazione le stipulazioni, disposizioni o dichiarazioni in esso contenute; perchè intorno a ciò l'atto fa fede soltanto *fino a prova contraria*. Ma se invece s'impugni l'esistenza materiale di qualcuno di quei fatti, di cui l'atto pubblico fa fede *fino ad iscrizione in falso*, di quei fatti, cioè, che l'ufficiale pubblico attesta nell'atto essere seguiti alla presenza sua, od essere stati da lui stesso compiuti nell'esercizio delle sue funzioni (art. 1317 Cod. civ.), la prova testimoniale o per presunzioni non può essere proponibile fuorchè in seguito appunto alla querela di falso. È questo un principio costante tanto in dottrina che in giurisprudenza (1).

Quindi se s'impugni come simulato un pagamento, che dall'atto pubblico risulti essere stato eseguito in presenza del notaio, non altrimenti può rendersi ammissibile la prova testimoniale, fuori del caso d'iscrizione in falso, se non articolando fatti diretti a stabilire che il pagamento sia stato fatto per mera apparenza; cioè con danaro somministrato da quello stesso a cui si fingeva di pagarlo, o con danaro restituito, immediatamente dopo l'atto, da chi lo aveva ricevuto a chi lo aveva versato (2).

94. All'autorità delle leggi si riferisce anche l'articolo 12 delle disposizioni generali premesse al Codice civile italiano, che determina quali siano le leggi a cui è vietato di derogare per disposizioni o convenzioni private, o per leggi, atti e sentenze d'un paese straniero.

Quest'articolo era stato proposto in altra forma dalla Sotto-Commissione, che la Commissione coordinatrice del Codice civile aveva deputata a formulare un progetto di *disposizioni preliminari dei Codici del regno d'Italia*.

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 17 febbraio 1868 (*Annali di giurispr.*, II, 1, 110).

(2) V. decisione della Corte d'appello di Milano, 7 aprile 1885 (*Giur. Ital.*, XXXVII, II, 510).

L'articolo 9 di quel progetto era concepito nei termini seguenti:

" In nessun caso le leggi, gli atti ed i giudicati di un
" paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni,
" potranno derogare alle leggi del regno regolatrici delle
" persone, dei beni o degli atti, in tutte le materie riguar-
" danti l'ordine pubblico ed il buon costume ".

All'atto però della discussione un illustre giureconsulto, che faceva parte della Sotto-Commissione, osservò: che parlandosi di *leggi regolatrici delle persone, dei beni e degli atti*, si venivano a comprendere tutte le leggi civili, e si dava forse così un'estensione esagerata al principio stabilito in quell'articolo.

Perciò propose di modificarne l'ultima parte, dicendo che " In nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un
" paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni
" potranno derogare alle leggi del regno, *allorchè contengano*
" *disposizioni proibitive, ed in tutte le materie che interes-*
" *sano l'ordine pubblico ed il buon costume* ". Ma, sovra proposta d'altro commissario, furono mantenute le parole dell'articolo che, secondo il preopinante, potevano dar luogo ad estendere troppo quella disposizione, la cui redazione fu quindi riformata, come ora si legge nell'art. 12, cioè:

" Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in
" nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese
" straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno
" derogare alle leggi proibitive del regno che concernano
" le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in
" qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume ".

Nei Codici anteriori era detto semplicemente non potersi derogare *con private convenzioni alle leggi che interessano, o che riguardano l'ordine pubblico ed i buoni costumi*. Nella disposizione attuale si aggiunse non potersi derogare *alle leggi proibitive del regno, concernenti le persone, i beni e gli atti*. Si aggiunse inoltre non potersi ammettere la derogazione a tali leggi neppure per effetto di leggi, atti o

sentenze di un paese straniero; e perciò s'introdussero in principio dell'articolo quelle parole " Nonostante le dispo- " sizioni degli articoli precedenti „; perchè appunto questi articoli, enunciando i principii fondamentali adottati in materia di diritto internazionale privato, stabiliscono in quali casi e per quali rapporti possano essere osservabili nello Stato leggi di altre nazioni; quando e per quali effetti certi atti debbano essere regolati dalle norme di legislazioni straniere; quando abbiano esecuzione nel regno le sentenze proferite in materie civili da autorità estere.

Ora, nonostante tutto ciò, si è reputato opportuno di dichiarare espressamente che le leggi straniere non potranno essere applicabili, gli atti regolati da leggi di altre nazioni non potranno avere efficacia nel regno, le sentenze di autorità straniere non potranno esservi eseguibili, in quanto si oppongano a leggi proibitive del regno, o riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume. Nè vi è bisogno di dimostrazione per giustificare, che nonostante la massima larghezza di liberalità volutasi usare nei rapporti di diritto internazionale, non siasi però potuto ammettere che leggi, atti o sentenze di paesi stranieri, venissero coi loro effetti a turbare il nostro ordine pubblico interno, o ad offendere principii accettati presso noi dalla coscienza generale come costituenti la morale pubblica. Ciò non poteva permettersi ai legislatori od alle autorità giudiziarie straniere, più che ai privati; e perciò giustamente furono in questo parificate *le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero*, alle *private disposizioni e convenzioni*, vietando che nè le une nè le altre possano mai apportare derogazione alcuna alle leggi del regno, in ciò che concerne l'ordine pubblico ed il buon costume.

Qualche maggiore riflessione merita, per quel che pare a noi, l'altra innovazione, che fu fatta ai Codici precedenti, vietando ogni derogazione *alle leggi proibitive del regno.*

Non sarà forse inutile riportarsi di nuovo all'origine di questa innovazione.

L'articolo 9 del progetto, presentato dalla Sotto-Commissione, vietava di poter derogare " alle leggi del regno re- " golatrici delle persone, dei beni e degli atti, *in tutte le* " *materie riguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume* ". Indipendentemente da qualunque distinzione fra leggi precettive, o proibitive, era dunque soltanto la violazione dell'ordine pubblico o del buon costume, che dava fondamento ad escludere la derogazione alle leggi del regno.

Era, in sostanza, la riproduzione esatta della regola che trovavasi scritta anche nei Codici anteriori.

Parve che la menzione d'ogni legge avente per oggetto si le persone, che i beni e gli atti, portasse ad una soverchia estensione della massima che si voleva stabilire; e si pensò a restringerla, parlando di leggi contenenti *disposizioni proibitive*. Ma nel pensiero del proponente, restava sempre, a fondamento del divieto di derogare alle leggi del regno, il supposto che con tale derogazione si venisse ad offendere l'ordine pubblico od il buon costume. Egli infatti proponeva di dichiarare che non si potesse derogare alle leggi *allorchè contenessero disposizioni proibitive, ed in tutte le materie che interessano l'ordine pubblico ed il buon costume;* ciò che includeva amendue le condizioni, che le leggi, a cui si tentasse di derogare, *fossero proibitive, e riguardassero all'ordine pubblico od al buon costume.*

La Commissione adottò questo concetto, ritenendo però nel medesimo tempo che dopo le parole " *disposizioni proibitive* " si potessero anche mantenere le altre " *concernenti le persone, i beni e gli atti* ", ed incaricò uno dei segretari di formulare la nuova redazione (1).

Questa non corrispose forse in tutto alle idee sopra riferite; poichè, preso alla lettera il testo dell'articolo 12, non richiede il concorso delle due condizioni, che le dispo-

---

(1). *Processi verbali* della Commissione pel coordinamento del Codice civile, n. 54, § IV, p. 640).

sizioni di legge, a cui si tratti di derogare, siano *proibitive* e concernano l'ordine pubblico od il buon costume; ma contempla le due ipotesi, disgiuntamente l'una dall'altra, escludendo in ciascuna di esse la possibilità di derogare alle leggi, ed estendendo così il divieto, che all'opposto avevasi in mira di restringere.

In questo senso fu interpretato il predetto articolo 12 nel commento pubblicato da alcuni componenti la Commissione legislativa, tra i quali lo stesso segretario redattore. Vi è detto infatti che:

" In nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un " paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni " possono derogare: 1° alle leggi proibitive del regno che " concernano le persone, i beni o gli atti; 2° alle leggi ri- " guardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon " costume „ (1).

Secondo quest'ordine d'idee, le leggi proibitive non sarebbero dunque derogabili mai, qualunque ne fosse l'oggetto — sia che riguardassero le persone, o i beni, o gli atti — e qualunque ne fosse il carattere in ordine ai rapporti da esse regolati — tanto, cioè, se quei rapporti si attenessero all'ordine pubblico od ai buoni costumi, quanto se fossero di mero interesse privato.

Ora, è dessa ammissibile una tal massima, è conciliabile coi principii fondamentali di diritto? Essi c'insegnano potersi sempre da ogni persona capace rinunziare a qualsiasi benefizio, che sia stato introdotto nel solo suo particolare interesse: " Regula est juris antiqui, omnes li- " centiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare „ (L. 29, C. *de pactis*). Che importa se il beneficio conceduto a taluno dalla legge gli derivi da una disposizione *proibitiva*, anzichè *precettiva?* Se però quella disposizione di legge è nell'esclusivo interesse privato di lui,

(1) V. Codice civile confrontato, ecc., per Giacomo Astengo ed altri, vol. I, pag. 150.

nulla può ragionevolmente impedirgli di derogarvi rinunziando al vantaggio che ne potrebbe trarre, poichè ognuno può disporre di ciò che gli appartiene.

Già accennammo ad un'antica dottrina, insegnata da un celebre giureconsulto, e riprodotta recentemente da un altro illustre autore, secondo la quale dovrebbero riguardarsi come *proibitive* tutte le disposizioni di legge espresse *con formola negativa;* dicendo, cioè, che una data cosa od un dato atto *non possa farsi*. E se in tal senso dovesse intendersi nell'art. 12 delle disposizioni premesse al nostro Codice l'espressione usatavi di *leggi proibitive del regno*, apparirebbe tanto più manifesta la inconseguenza di ritenere che dalla materialità della formola negativa, piuttostochè positiva, in cui si trovasse espressa una disposizione legislativa del regno, avesse a dipendere il doversi questa applicare a preferenza della legge straniera, che, secondo le norme adottate di diritto internazionale privato, dovrebbe regolare il caso speciale controverso; ed avesse parimente a dipenderne il divieto d'ogni derogazione, che per disposizione o convenzione delle parti interessate si volesse fare a quella disposizione.

Ma prese pure quelle parole " *leggi proibitive del regno* " nel senso che ci è sembrato vero; nel senso, cioè, di restrizioni apposte, secondo la mente del legislatore, alla libertà dei cittadini, impedendo loro un determinato atto o fatto, o il compimento di esso in un determinato modo, indipendentemente dalla formola positiva o negativa nella quale il divieto si trovi contenuto (1); è facile dimostrare come non si possa giungere ad una conclusione diversa; Se una tale disposizione proibitiva concerna *le persone*, il loro *stato*, la loro *capacità*, cessa ogni ragione di disputa; perchè le leggi di questa categoria essendo tutte da ritenersi d'*ordine pubblico* (2), cadono sotto questo aspetto nel-

---

(1) V. sopra, n. 11, p. 49-52.
(2) V. sopra, n. 9, p. 26 e seg.

l'applicazione dell'art. 12, che vieta di potervi in qualunque modo derogare, indipendentemente dal carattere che abbiano, di *proibitive*. Supponendo invece che si tratti di leggi proibitive concernenti *i beni* o *gli atti*, ma il cui oggetto sia *di mero interesse privato*, non vi sarebbe ragione per giustificare il divieto assoluto di potervi in qualunque modo derogare, come risulterebbe dalle espressioni letterali dello articolo 12.

Sono, per esempio, *disposizioni proibitive concernenti i beni* quelle, che vietano al proprietario d'un fondo inferiore di farvi opere, le quali abbiano per effetto d'impedire lo scolo naturale delle acque dal fondo superiore (art. 536, § 2° Cod. civ.), e quelle che vietano di eseguire nel proprio fondo costruzioni, scavamenti, piantagioni a distanze dal fondo vicino minori di quelle che la legge stessa prescrive (art. 575, 579, 581 Cod. civ.). Ciò non ostante, non potrebbesi certamente negare efficacia ad una convenzione, in virtù della quale il vicino, che avrebbe potuto esigere la distruzione delle opere, costruzioni o piantagioni predette, le quali fossero state fatte contro la disposizione della legge, avesse invece prestato il proprio consenso alla loro esecuzione od al loro mantenimento; giacchè con ciò egli avrebbe semplicemente disposto intorno al suo privato interesse.

È una *disposizione proibitiva concernente gli atti* quella che vieta di far donazioni sotto altra forma che quella di *atto pubblico* (art. 1056 Cod. civ.). Eppure abbiamo veduto essere opinione prevalente, e secondo noi preferibile, doversi ritenere valide le liberalità fatte sotto forma simulata di contratto oneroso (1); il che non potrebb'essere, se la disposizione proibitiva dell'art. 1056 dovesse considerarsi assolutamente come non derogabile.

Un apparente appoggio alla massima, che risulterebbe stabilita dall'art. 12 delle disposizioni premesse al nostro

---

(1) V. sopra, n. 91, pag. 426, ss.

Codice, stando alla letterale sua espressione — alla massima, cioè, che le leggi proibitive, solo perchè tali, non ammettano derogazione per volontà privata, ancorchè non riguardino all'ordine pubblico, nè al buon costume — potrebbe forse cercarsi nella legge romana, che dichiarava bastante l'essersi dal legislatore proibita una cosa, perchè tutto quanto fosse stato operato in contravvenzione al divieto, ed ogni conseguenza ancora che ne fosse derivata, dovesse aversi come non avvenuto:

“ Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum “ contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui “ contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes “ etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas “ trahi generaliter imperamus: *ut legislatori quod fieri non* “ *vult, tantum prohibuisse sufficiat:* caeteraque, quasi expressa “ ex legis liceat voluntate colligere: *hoc est, ut ea, quae lege* “ *fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed* “ *pro infectis etiam habeatur, licet legislator fieri prohibuerit* “ *tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere, quod fa-* “ *ctum est.* Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob “ id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cas- “ sum, atque inutile esse praecipimus „ (L. 5, C. *De legibus et constitutionibus Principum*).

Se non che — senza entrare ora a discutere in qual senso e sino a qual punto codesta teorica sia da osservarsi anche nel diritto odierno — è manifesto, ad ogni modo, com'essa non si riferisse ad altro che *alla nullità degli atti contrari a leggi proibitive.* E per quanta affinità vi sia tra la nullità degli atti contrari a tali leggi, e la proibizione di derogare ad esse, non sono però da confondersi queste due cose; altro essendo che dato un atto, il quale sia stato compiuto in opposizione ad una legge proibitiva, possa dedursene la nullità da chi vi abbia interesse, sebbene tale nullità non sia testuale, non sia stata espressamente dichiarata dal legislatore; ed altro che l'interessato possa o non possa per sua libera volontà derogare alla legge proibitiva, e consen-

tire che l'atto da essa vietato si compia, o quando sia stato compiuto, ammetterne nei particolari rapporti propri quegli effetti, che potrebbe rimuovere in virtù della legge, al cui beneficio rinunzia.

Citeremo a tale proposito l'autorità d'un giureconsulto; il quale dopo avere spiegata la massima stabilita nella predetta legge romana, e dimostrate alcune eccezioni da farsi alla massima stessa, proponeva poi separatamente il quesito, se alle *leggi proibitive* potesse derogarsi; e lo risolveva colla distinzione tra le leggi d'ordine pubblico e quelle di semplice interesse privato.

" Sed nunc, saltem renunciari potest legi mutuo con-
" sensu, *ita ut actus ea prohibente factus subsistat ex contra-*
" *hentium placito?* Permittentibus et suadentibus (legibus)
" renunciari posse, nemini dubium est. Quod vero ad prae-
" cipientes, *vel prohibentes* spectat, distinguere oportet; *an*
" *lex ad publicam utilitatem lata sit*, vel saltem admixtum
" habeat publici boni favorem, *an privatorum tantum gratia*
" *fuerit constituta.*

" *In prima specie, legi renunciari nequit;* jus enim pu-
" blicum privatorum pactis immutari non potest „ (L. 38, ff. *De pactis*).

" *Si vero de legibus privatorum dumtaxat gratia latis quae-*
" *stio sit,* cum nemo prohibeatur juri pro se lato renun-
" ciare (L. 29, C. *De pactis*), *valebunt, quae contra legem*
" *gesta sunt, si consentiant illi, de quorum re agitur* „ (1).

E questa ci sembra la teoria vera, l'unica accettabile, dalla quale non crediamo possibile l'allontanarsi per la forma data all'art. 12 delle disposizioni premesse al nostro Codice, dal segretario che fu incaricato di modificarne la redazione; forma che lascierebbe supporre essersi voluto impedire ogni derogazione alle leggi *proibitive* del regno concernenti le persone, i beni o gli atti, quand'anche non riguardassero in verun modo l'ordine pubblico od il buon

(1) V. Richeri, *Universa civ. et crim. jurisprudentia*, t. I, §§ 88, 89.

costume, quand'anche fossero *di mero interesse privato.* Ma — come abbiamo già rilevato — dai verbali della Commissione legislativa risulta chiaro essersi introdotta in quell'articolo la menzione delle *leggi proibitive* al solo scopo di restringere anzi il divieto di derogare alle leggi; divieto che notavasi poter forse assumere una estensione esagerata, se si applicasse indistintamente alle *leggi regolatrici delle persone, dei beni o degli atti*, comprendendovi così tutte le leggi civili (1). Da questo intendimento espresso dalla Commissione legislativa reputiamo potersi trarre argomento per una interpretazione razionale e conforme ai principii, del detto art. 12, secondo la sua redazione attuale. Non si è inteso di rendere illecita qualunque derogazione alle leggi proibitive del regno, quando anche non concernano lo stato e la capacità delle persone, ma i beni o gli atti, e siano di mero interesse privato; ma, fermo il principio di ragione, che le sole leggi riguardanti l'ordine pubblico o il buon costume non siano derogabili da leggi, atti o sentenze di paese straniero, o da convenzioni o disposizioni private, si è voluto limitarne l'applicazione ai casi, in cui si tratti di vere *disposizioni proibitive* secondo la mente del legislatore; di disposizioni, cioè, le quali riguardino interessi pubblici abbastanza importanti per dovere ritenere che siasi avuta intenzione di esigerne assolutamente la osservanza escludendo qualunque possibilità di derogazione.

Tale ci sembra la interpretazione più ragionevole di questo articolo; quantunque non sappiamo dissimulare che, a nostro modo di vedere, sarebbe stato più opportuno non abbandonare la chiara semplicità delle disposizioni corrispondenti dei Codici anteriori, i quali tutti si limitavano a dire *non potersi derogare alle leggi che riguardino all'ordine pubblico od al buon costume.*

La predetta interpretazione ci sembra anche più conforme a quello spirito largamente liberale, a cui s'informa

---

(1) V. il citato verbale, n. 54, § IV.

la legislazione nostra, lasciandosi così maggior campo alla applicabilità delle leggi straniere in quei rapporti che si ritennero regolati da esse, ed alla libertà dei privati cittadini nel disporre dei loro interessi.

Un'altra menda potrebbe forse trovarsi nella locuzione dello stesso articolo 12, dove all'espressione usata nel progetto, di " leggi del regno regolatrici delle persone, de' beni " o degli atti, *in tutte le materie riguardanti l'ordine pubblico* " *ed il buon costume* " si sostituì l'altra di " leggi *riguar-* " *danti in quaisiasi modo* l'ordine pubblico ed il buon co- " stume ".

Certo è che, stando letteralmente a questa dizione, non vi sarebbe quasi più caso alcuno in cui fossero applicabili leggi straniere, secondo le norme di diritto internazionale privato stabilite dal nostro legislatore, non vi sarebbero quasi più disposizioni a cui si potesse derogare per convenzione o disposizione privata; poichè non si troverebbe forse alcuna legge, che sebbene diretta a regolare rapporti d'interesse privato, non riguardasse però *in qualche modo*, almeno indiretto, l'interesse generale, *l'ordine pubblico* (1).

Per altro, vi è anche qui un modo ragionevole d'intendere quest'aggiunta fatta nell'articolo 12 dal suo redattore. Una legge può avere per fine diretto il semplice interesse privato, e tuttavia comprendere anche *un determinato scopo speciale* di utilità generale, talchè non sia possibile derogare alla legge stessa senza offendere l'ordine pubblico. Ed allora, non potendo il privato cittadino separare l'interesse proprio particolare dall'interesse generale, poichè si trovano commisti — quantunque in modo diverso, diretto e principale per l'uno, indiretto e secondario per l'altro — nell'applicazione indivisibile di quell'unica disposizione legislativa, non gli sarà dunque lecito, sotto il pretesto di disporre del pro-

---

(1) V. sopra, n. 9, pag. 29, 30.

prio interesse individuale, di derogare a ciò che fu stabilito dal legislatore per pubblica utilità, offendendo così l'ordine pubblico. È il concetto stesso insegnato dall'autore che abbiamo citato sopra:

" Si lex ad publicam utilitatem lata sit, *vel saltem ad-*
" *mixtum habeat publici boni favorem*, legi renunciari nequit,
" quia jus publicum privatorum pactis immutari non potest.

" Si vero *de legibus privatorum dumtaxat gratia latis quae-*
" *stio sit*, valebunt quae contra legem gesta sunt, si con-
" sentiant illi de quorum re agitur ".

Basterà dunque un interesse generale anche indiretto, anche secondario, che si trovi impegnato nell'osservanza di una disposizione di legge, per rendere inammissibile ogni derogazione ad essa per privata volontà; purchè però non si tratti di quel semplice *interesse generale*, che si trova sempre in qualunque disposizione legislativa, ancorchè concernente i rapporti meramente privati; ma di un *interesse speciale, relativo a qualche particolare scopo di utilità pubblica*. In questo senso è detto non potersi derogare alle leggi riguardanti *in qualsiasi modo* l'ordine pubblico.

Quanto ai criteri, col mezzo dei quali si possa praticamente determinare se una data disposizione di legge riguardi veramente l'ordine pubblico, e perciò non sia derogabile, abbiamo già esposte le nostre idee in altro luogo, a cui ci riferiamo per evitare ripetizioni (1).

Per ciò che riguarda il *buon costume*, fu notato giustamente, che interessa nel medesimo tempo l'*ordine pubblico*, e pertanto è solo per maggior chiarezza che è fatta menzione separata delle leggi concernenti l'ordine pubblico e il buon costume, vietando ogni derogazione sì delle une che delle altre; mentre sarebbe stato sufficiente dichiarare non derogabili per volontà privata le leggi d'ordine pubblico, perchè vi si dovessero comprendere anche quelle riguar-

---

(1) V. sopra, n. 9, pag. 28-33.

dante il buon costume. Non vi è infatti altro criterio possibile per riconoscere se una data disposizione di legge interessi i buoni costumi, fuorchè nel riferirsi alla coscienza generale, mediante cui si rivela la morale pubblica. Ora, se questa coscienza generale venga offesa dalla violazione di quella determinata disposizione di legge, ne deriva pure necessariamente un turbamento dell'ordine pubblico.

CAPO III.

Delle conseguenze derivanti dalla osservanza o dalla inosservanza delle leggi.

Sommario. — 95. Principii generali in questa materia. — 96. Relazioni tra la nullità degli atti, e la inammissibilità della derogazione alle leggi, che ne stabiliscono le condizioni e le forme. — 97. Distinzione tra l'inesistenza giuridica e la semplice nullità o l'annullabilità degli atti. — 98. Applicazioni della predetta distinzione alle cause di nullità del matrimonio. — 99. Altre applicazioni alle disposizioni testamentarie. — 100. Altre applicazioni alle donazioni. — 101. Altre applicazioni ai contratti in genere. — 102. L'inefficacia d'un atto giuridicamente inesistente non ha bisogno d'essere dichiarata giudizialmente, nè dà luogo ad azione di nullità. — 103. L'inesistenza giuridica d'un atto può essere rilevata anche d'ufficio. — 104. Un atto giuridicamente inesistente non può formare oggetto di conferma. — 105. L'inesistenza giuridica d'un atto è allegabile in qualunque tempo, senza che possa mai opporsi la prescrizione. — 106. Nullità testuali, e nullità virtuali. — 107. Nullità d'ordine pubblico, e nullità d'interesse privato. — 108. Nullità assolute, e nullità relative. — 109. Nullità di pien diritto, e nullità per via di azione. — 110. Principii generali intorno alle cause di nullità. — 111. Nullità dipendenti dalla mancanza di condizioni intrinseche richieste per la validità d'un atto. — 112. Nullità dipendenti dalla inosservanza di formalità estrinseche prescritte dalla legge per la validità d'un atto. — 113. Azioni di nullità, ed azioni di rescissione. — 114. Se l'error comune possa riparare alla nullità degli atti. — 115. Error comune riguardante la qualità e la competenza d'un funzionario, o le qualità d'un testimonio intervenuto all'atto. — 116. Error comune riguardante le qualità d'una delle parti contraenti. — 117. Persone che possono prevalersi delle nullità. — 118. Mezzi per far dichiarare le nullità. — 119. Prove ammissibili per accertare i fatti, che sono cause di nullità. — 120. Effetti derivanti dalla dichiarazione di nullità d'un atto. — 121. Rapporti nei quali possono tuttavia derivare conseguenze giuridiche da un atto annullato. — 122. Effetti delle nullità in rapporto ai terzi. — 123. Responsabilità, che può incombere ai pubblici funzionari per le nullità commesse negli atti da essi ricevuti. — 124. Principii generali sulla conferma, mediante cui possono essere sanati i vizi di nullità. — 125. Principii generali sulla prescrizione delle azioni di nullità o di rescissione.

95. Ogni contratto od atto, che sia stato compiuto colla piena osservanza delle disposizioni di legge da cui è regolato, deve produrre tutti gli effetti che ne son propri,

secondo le disposizioni stesse. Deve quindi essere assicurata, coi mezzi che sono in mano del potere pubblico, l'esecuzione forzata, occorrendo, delle obbligazioni tutte derivanti da quegli atti o contratti a norma di legge; ed i diritti corrispondenti, acquistati sotto l'impero di quelle leggi, in virtù degli atti o contratti medesimi, devono rimanere intangibili, non ostante l'emanazione di nuove leggi recanti disposizioni diverse. Le quali possono bensì, nell'interesse generale, modificare e riformare, come il legislatore stimi opportuno, le norme preesistenti, senza trovare ostacolo in privati interessi contrari; ma non possono d'altra parte — almeno in via di regola generale — subordinare nell'interesse pubblico i veri e propri diritti, che già siano acquisiti, che siano entrati a far parte del patrimonio dei privati; nè questi diritti possono togliere, scemare o modificare in qualsiasi modo. Operando contrariamente si offenderebbe in realtà l'interesse pubblico stesso; non potendosi negare che tale carattere abbiano il rispetto e la sicurezza dei diritti acquistati dai singoli cittadini. In ciò consiste infatti il principio su cui si fonda l'irretroattività delle leggi (1).

Ma si dovrà adottare, in senso inverso, la massima che ogni qualvolta in un contratto od in un atto sia stata violata qualche disposizione di legge, il contratto o l'atto medesimo non debba produrre gli effetti che sarebbero propri della natura sua, e le obbligazioni che ne avrebbero a derivare non diano luogo ad un'azione civile per ottenerne, al bisogno, l'esecuzione forzata, od almeno a tale azione sia opponibile, per impedirne la efficacia, l'eccezione dedotta dalla inosservanza della legge?

In altre parole, codesta massima equivarrebbe in sostanza a ritenere che ogni atto, contrario in qualunque modo ad una legge, fosse per ciò solo da riguardarsi come nullo. Ora, sebbene la nullità degli atti fatti in contrav-

(1) V. Laurent, t. I, n. 34, 35.

venzione alle disposizioni legislative sia il mezzo più naturale di sanzione per assicurarne l'osservanza, non è però il solo, nè può considerarsi come necessario. Altri mezzi possono esservi, e vengono di fatto spesse volte adottati; quali sono le irrogazioni di pene propriamente dette, o di quelle che si dicono *pene civili*, consistenti nella privazione del conseguimento, o nella inflizione della perdita di certi diritti. Oltre di che, la violazione di qualunque legge fa luogo sempre a potere le parti interessate opporsi legittimamente all'effettuazione dell'atto con cui si volesse consumare quella violazione, o quando l'atto sia compiuto, chiedere la riparazione del danno che ne sia derivato.

Alle leggi *permissive* propriamente dette, in quanto, giusta il loro carattere distintivo, non fanno che concedere una facoltà, con libero arbitrio alle persone, alle quali è attribuita, di usarne o non usarne (1); non può, naturalmente, aggiungersi sanzione alcuna; essendovi una opposizione manifesta tra il concetto di *sanzione*, nel quale è presupposto un vincolo obbligatorio derivante da legge, alla cui esecuzione provvedasi colla sanzione stessa, consistente nei vantaggi da conseguirsi se la legge è osservata, nelle penalità da incorrersi se viene trasgredita, ed il concetto della semplice facoltà, che lungi dall'imporre alcun vincolo, lascia alla libera volontà dei privati il determinarsi a compiere un atto od astenersene, a fare o non fare una determinata cosa. Nondimeno la parte implicita d'ogni legge permissiva, che vieta a chiunque di poter impedire in qualsiasi modo il libero esercizio delle facoltà concedute ad altri, trae seco necessariamente l'inefficacia giuridica d'ogni atto o fatto che sia in opposizione a quelle facoltà; poichè sarebbe contraddittorio poter sussistere legalmente ciò che tendesse a porre ostacolo all'esercizio legittimo dei diritti altrui.

Non può dunque esservi legge, veramente tale, che sia

---

(1) V. sopra, n. 11, pag. 52, 53.

destituita affatto d'ogni *sanzione* — intesa qui questa parola nel senso specifico, dei mezzi stabiliti dalla legge stessa per assicurare l'adempimento dei suoi precetti, l'obbedienza alle sue proibizioni — mentre, in mancanza d'ogni particolare vantaggio offerto a chi osservi la legge, d'ogni minaccia di speciali penalità a chi l'infranga, sussiste almeno sempre, a favore di chi ha interesse nell'adempimento d'una disposizione legislativa, la facoltà di opporsi agli atti con cui si voglia contravvenirvi, ed a carico del trasgressore la responsabilità dei danni, che ad altri possano essere derivati da tale trasgressione. E se pur siavi qualche disposizione, la cui inosservanza od infrazione non sia per produrre alcuna conseguenza; questa non potrebb'essere che una *legge imperfetta*.

Ciò dunque dimostra, che dal carattere obbligatorio delle leggi non deriva come conseguenza necessaria la nullità d'ogni atto che ad esse contravvenga.

Vi è anzi una categoria di leggi, in riguardo alle quali è da escludersi, generalmente, la nullità degli atti ad esse contrari; e sono quelle che diconsi *dichiarative*, perchè aventi per oggetto soltanto di determinare le condizioni e gli effetti dei contratti ed altri atti giuridici di mero interesse privato, in base alla presunta volontà delle parti; le quali pertanto rimangono libere di derogare a quelle disposizioni, manifestando sotto qualsiasi forma una volontà contraria o diversa da quella, che nel loro silenzio sarebbe presunta dalla legge (1). Abbiamo detto però doversi ciò ritenere *generalmente*, non assolutamente sempre; perchè anche fra le leggi relative ai contratti ed agli atti di mero interesse privato ve ne possono essere, e ve ne sono alcune, le quali non potrebbero essere trasgredite senza che ne rimanesse offeso l'ordine pubblico, talchè per questa ragione appunto nessuna derogazione a quelle disposizioni sarebbe ammissibile, e gli atti e i patti ad esse contrari

(1) V. sopra, n. 10, p. 36, 37.

dovrebbero quindi reputarsi di niuno effetto, riguardarsi come nulli. Così, in un contratto costitutivo di comunione di beni, non sarebbe efficace il patto, pel quale i partecipanti si obbligassero a rimanere in comunione per un tempo maggiore di dieci anni (art. 681 Cod. civ.); essendo stata questa comunione, obbligatoria per troppo lungo tempo, considerata dal legislatore come compromettente la tranquillità delle famiglie, come causa probabile di litigi, come dannosa al buon governo delle proprietà che ne formino oggetto. Così pure in un contratto di compra e vendita d'immobili non avrebbe alcun valore il patto, col quale il venditore, leso oltre la metà del giusto prezzo, avesse rinunziato alla facoltà concessagli dalla legge, di domandare la rescissione della vendita (art. 1529 Cod. civ.); perchè, quantunque codesta azione di rescissione sia stabilita nell'interesse del venditore, vi è implicato però altresì un interesse generale, a cui potrebbe farsi offesa colla rinunzia a quell'azione, non meno che col contratto stesso contenente lesione. È infatti una considerazione d'ordine pubblico, di umanità, quella che indusse il legislatore a venire in soccorso dei venditori, della cui sventurata condizione abusino compratori di mala fede, per rendersi acquirenti d'immobili a prezzo inferiore alla metà del vero valore; e la rinunzia, che fosse lecito di stipulare contro la facoltà della rescissione, sarebbe effetto del medesimo abuso, sarebbe infetta d'identico vizio, e lo stesso interesse generale osterebbe quindi ad ammetterne la validità.

Per somiglianti ragioni sarebbe parimente da ritenersi nulla la rinunzia, che si facesse in un atto di divisione convenzionale, all'azione concessa dall'art. 1038 del codice civile, onde far rescindere per lesione l'atto stesso divisionale, pel caso che si trovassero pregiudicate le ragioni d'uno dei condividenti per più di un quarto del valore della quota a lui spettante (1).

---

(1) V. Demolombe, t. XVII, n. 421; Laurent, t. X, n. 479.

L'essere una legge *d'ordine pubblico*, ha invero generalmente una influenza essenziale per indurne la nullità degli atti, che vi contravvengano; giacchè, mentre è lecito ad ognuno di rinunziare ai benefizi introdotti nel solo suo particolare interesse, non gli si può permettere, all'opposto, di sovrapporre la volontà propria a quella del legislatore in ciò che riguardi l'interesse sociale; epperò, come a tali leggi non si può mai derogare, secondo che è espresso nell'art. 12 delle disposizioni generali premesse al codice civile, così nemmeno è da ammettersi generalmente la validità degli atti, che alle leggi medesime siano contrari, ciò che implicherebbe evidentemente la tacita loro derogazione.

Tuttavia, neppure si può affermare in modo assoluto che la trasgressione di qualsiasi legge d'ordine pubblico importi necessariamente la nullità degli atti che ad essa contravvengano. Fra le disposizioni dettate per fini d'interesse generale, ve ne sono alcune così sostanziali, da non essere ammissibile che il legislatore abbia voluto e potuto tollerare la validità di atti ad esse contrari; ma ve ne sono altre eziandio, che hanno bensì uno scopo d'interesse generale, ma d'importanza così secondaria, che il male della loro inosservanza è ancora minore di quello derivabile dall'annullamento degli atti illegittimamente compiuti dai privati, che sovr'essi fondarono dei diritti. Tutto perciò dipende dalla volontà del legislatore, che solo può giudicare della importanza delle disposizioni da lui emanate per fini d'interesse generale, e stabilire quindi se più convenga, per assicurarne la rigorosa osservanza, di annullar gli atti ad esse contrari, o di mantenere la validità di questi, provvedendo a guarentire l'adempimento delle disposizioni sue con altri mezzi di sanzione.

Quali sono le norme da seguirsi per accertare la vera volontà del legislatore a tale proposito? È una ricerca che riserbiamo ad altra parte di questa trattazione. Intanto però, un punto fondamentale si può fin da ora

stabilire; che l'annullazione degli atti è un mezzo estremo, a cui, pei danni sommamente gravi che possono derivarne alle parti interessate in quegli atti, e spesso anche a terze persone, che soffrono esse pure le conseguenze dell'annullamento degli atti compiuti dai loro autori, non è da ricorrere se non in casi di necessità, qualora non siano sufficienti gli altri mezzi di sanzione, che potrebbero essere applicabili. Da ciò segue pertanto, che nell'interpretare la intenzione del legislatore non sia da ritenersi leggermente ch'egli abbia voluta la nullità degli atti, coi quali siasi contravvenuto alle sue disposizioni, qualora tale nullità non sia stata dal legislatore medesimo espressamente dichiarata. Dovrà dedursene però che l'atto contrario alla legge sia sempre da ritenersi valido, quando il legislatore abbia provveduto alla sanzione delle proprie disposizioni con altri mezzi, stabilendo per esempio certe penalità? Sarebbe questa, a sua volta, una conclusione esagerata, come lo sarebbe il ritenere sempre la nullità. Non è inconciliabile che il legislatore abbia stabilite speciali pene, o vere e proprie, o civili soltanto, a carico di coloro che infrangono le sue disposizioni, e nondimeno voglia inoltre la nullità degli atti, che ne contengono la violazione. E qualche esempio ne porge il diritto stesso positivo. Così l'articolo 108 del codice civile dichiara impugnabile di nullità il matrimonio contratto dai minori senza il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, sebbene, giusta l'articolo 125, sia punito di multa l'uffiziale dello stato civile che abbia fatto procedere alla pubblicazione del matrimonio, senza che constasse del consenso predetto. Così pure, è punito con multa il notaio che abbia ricevuto un testamento pubblico senza farlo sottoscrivere dal testatore e dai testimoni, o senza sottoscriverlo egli stesso (art. 43 n. 10, e 110 combinati, della legge sul notariato, 25 maggio 1879, n. 4900) e tuttavia il testamento pubblico non sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio, è anche nullo per espressa disposizione dell'art. 804 del codice ci-

vile, combinato cogli art. 779, 780. Così ancora, è nulla la iscrizione d'una ipoteca convenzionale, che non sia stata costituita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata da notaio od accertata giudizialmente (art. 1978, 1989 cod. civ.), quantunque inoltre il conservatore, che abbia iscritta l'ipoteca mancante di tali requisiti, sia passibile di multa, a tenore dei combinati articoli 2069, 2075 del codice civile.

96. Nel numero precedente abbiamo avvertita, specialmente per ciò che riguarda le leggi d'ordine pubblico, la relazione che esiste tra la proibizione, che è espressa nell'articolo 12 delle disposizioni premesse al codice, di derogare a quelle leggi, e la nullità degli atti che siano ad esse contrari. Abbiamo osservato, a tale proposito, che siccome il ritenere efficaci gli atti e le convenzioni, che si trovassero in opposizione colle regole di legge, arrecherebbe implicita derogazione a questa, così la proibizione di derogarvi trae seco generalmente come conseguenza la nullità di quegli atti, di quei contratti.

E pensiamo che appunto per una considerazione simile sia avvenuto che in qualche trattato di diritto civile si trovino commisti i concetti di legge d'ordine pubblico, di leggi a cui non si può derogare, di leggi che producono la nullità degli atti ad esse contrari; quasichè l'una di queste idee non fosse separabile dall'altra (1). Importa però grandemente, sia per l'esattezza teorica, sia per le conseguenze pratiche, di appurare questo punto; determinando se veramente la proibizione di derogare ad una legge e la nullità degli atti ad essa contrari siano inscindibili; talchè ogni legge non derogabile per volontà privata debba anche produrre sempre la nullità degli atti che vi contravvengano, ed a nessuna legge portante la nullità di tali atti si possa mai derogare per disposizione o convenzione privata.

(1) V. Laurent, t. I, n. 46-53.

È indubitabile doversi ammettere come regola generale, che gli atti contrari ad una legge, alla quale non è lecito derogare, siano da ritenersi nulli. Alle leggi proibitive, o riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume, non è meno vietato, dall'art. 12 delle disposizioni premesse al codice, di derogare *tacitamente*, che *espressamente*; nè può negarsi che costituisca una *derogazione tacita* a tali leggi il compiere atti, i quali siano in opposizione colle disposizioni in esse leggi contenute. Se simili atti dovessero nondimeno avere piena efficacia giuridica, la legge proibitiva rimarrebbe sopraffatta, e all'ordine pubblico, all'interesse sociale, prevarrebbero gl'interessi e le volontà dei privati (1). Ma questa regola è poi veramente assoluta, nè mai può essere suscettibile di eccezioni? Ciò non potrebbe invero affermarsi. Al legislatore solo spetta il pronunciare le nullità, valutando e contrapponendo i danni derivabili dall'inosservanza della legge, e quelli provenibili dall'annullamento degli atti in cui tale inosservanza siasi verificata, e determinandosi a mantenere nondimeno quegli atti, od a ridurli al nulla, secondochè gli consigli l'interesse della società. E non vi è nulla di strano in ciò, che talvolta il legislatore avendo stabilita per motivi d'ordine pubblico una legge proibitiva, ed avendone guarentita l'osservanza con particolari sanzioni, mentre da una parte, colla massima generale scritta nell'art. 12, vieta di derogare a quella legge e di sottrarsi con ciò alle sanzioni particolari predette, d'altro lato però non reputi necessario, nè opportuno per l'interesse sociale, di dar luogo all'annullamento dell'atto in cui la violazione della legge sia stata commessa. Un esempio può esserne offerto da qualche disposizione del codice civile in materia di matrimonio, le cui leggi regolatrici non può dubitarsi che siano d'ordine pubblico.

Secondo l'art. 57 " non può contrarre nuovo matri-

(1) V. Laurent, t. I, n. 50.

“ monio la donna, se non decorsi dieci mesi dallo sciogli-
“ mento o dall'annullamento del matrimonio precedente „; e qualora essa contravvenga a questa disposizione proibitiva, incorre — secondo l'art. 128 — in una multa, e nella “ decadenza da ogni donazione, lucro dotale e suc-
“ cessione, che provengano dal primo marito „. Ora, suppongasi che in un contratto di matrimonio, facendosi una donazione dal marito alla moglie, o pattuendosi in favore di questa i lucri dotali, sia stabilito che non abbia a decadere dal beneficio di tali stipulazioni quand'anche, rimanendo vedova, contragga nuovo matrimonio prima del compimento dei dieci mesi. Questo patto, che tenderebbe a distruggere la particolare sanzione data dal legislatore alla disposizione proibitiva e d'ordine pubblico dell'art. 57, non potrebbe certamente avere efficacia. Ma se quella donna, rimasta vedova, contraesse nuovo matrimonio prima del tempo prefisso dal predetto articolo, quel matrimonio non sarebbe nullo; non essendo la contravvenzione all'art. 57 compresa tra le cause di nullità del matrimonio, tassativamente enunciata negli articoli 104 e seguenti del codice civile. È questo pertanto un caso, nel quale il legislatore ha riconosciuto opportuno di attribuire validità ad un atto compiuto contravvenendo ad una sua disposizione proibitiva e d'ordine pubblico, quantunque appunto per ciò questa disposizione non fosse suscettibile di derogazione per volontà privata.

Quanto all'altro quesito, consistente nello stabilire se l'essere pronunciata dal legislatore, sia testualmente, sia virtualmente, la nullità di un atto, col quale siasi contravvenuto ad una sua disposizione, debba far anche ritenere senz'altro che a tale disposizione non si possa derogare per volontà privata, la risposta è anche più facile. Se la disposizione di legge della quale si tratta sia d'ordine pubblico, senza dubbio essa non è derogabile; così essendo stabilito espressamente colla disposizione generale dell'articolo 12. E l'essere pronunciata inoltre dal legislatore la

nullità degli atti che si facciano in opposizione a quella sua disposizione, è una ragione di più per dover ritenere che, esclusa in tal modo la derogazione tacita, neppure sia possibile ammettere una derogazione espressa. Ma se, al contrario, la convenzione o disposizione privata non abbia altro oggetto che il semplice privato interesse del contraente o disponente, non potrà toglierle efficacia il carattere di legge d'ordine pubblico, che abbia veramente per se stessa la disposizione a cui si deroga nel solo rapporto del privato interesse.

Qualche esempio potrà giovare anche qui a chiarire il concetto.

Secondo l'art. 29 del codice civile, le persone immesse nel possesso temporaneo dei beni di un assente " non pos- " sono, senza l'autorizzazione giudiziale, alienare nè ipo- " tecare i beni immobili, nè fare alcun altro atto eccedente " la semplice amministrazione ".

Supposto, pertanto, che i possessori provvisori abbiano fatto, relativamente ai beni dell'assente, qualche atto eccedente l'amministrazione ordinaria, senza esservi regolarmente autorizzati, quell'atto sarà certamente nullo, siccome fatto da semplici amministratori eccedendo i poteri ad essi attribuiti dalla legge (arg. art. 1752 cod. civ.). Ma fingasi che l'assente ritornato, o nel dare notizie di sè, abbia ratificati gli atti compiuti dai possessori provvisionali anche oltre le facoltà della semplice amministrazione. Quantunque si deroghi con ciò ad una disposizione d'ordine pubblico, qual è quella dell'art. 29, che ha per fine di proteggere gl'interessi dell'assente posto nella condizione di non poter provvedere da sè alle cose proprie, e parificabile quindi in ciò ad un incapace; nondimeno la ratifica di quegli atti, fatta dall'assente medesimo ritornato, o che dia notizie di sè, avrà piena efficacia, non facendo egli altro con ciò, che disporre dei suoi privati interessi.

Secondo l'articolo 1800 dello stesso codice, è vietato disporre che non sia soggetta a sequestro una rendita vita-

lizia costituita a titolo oneroso. È una legge *proibitiva*, fatta nell'interesse dei terzi, dei creditori, per impedire che una parte del patrimonio del debitore sia con questo mezzo sottratta alla loro guarentia. La derogazione, che le parti volessero fare a questa legge, stipulando nel contratto vitalizio che la rendita fosse insequestrabile, sarebbe indubbiamente nulla, quantunque il testo del codice non lo dichiari. Ma se un creditore accettasse tale patto, rinunciando a far valere i proprî diritti, secondo l'articolo 1948 del codice, su quella rendita, non vi sarebbe ragione per negare efficacia giuridica a tale rinuncia. Sarebbe bensì nulla quella che un creditore facesse in modo generale al proprio diritto di guarentia su tutti i beni del debitore, perchè ciò toglierebbe ogni efficacia civile alla obbligazione, di cui si rimetterebbe l'adempimento alla sola fede del debitore. Ma non è nulla la convenzione che solo limiti la generalità della guarentia; giacchè ciò non è contrario all'essenza della obbligazione. Rimarrebbe il dubbio deducibile dal carattere della disposizione contenuta nell'art. 1800, la quale essendo stabilita nell'interesse dei terzi, è sotto questo aspetto da considerarsi come attinente all'ordine pubblico, e perciò non suscettibile di derogazione. Ma a codesto dubbio risponde il riflesso, che nel supposto caso non sono le parti che deroghino in danno del terzo creditore a quella disposizione, ma è bensì il creditore medesimo, che rinunzia al beneficio di essa, disponendo con ciò unicamente d'un proprio interesse privato.

97. Nella dottrina moderna è stata introdotta, e va sempre più assodandosi una teorica, secondo la quale tra gli atti non conformi alle leggi si distinguono quelli che siano da considerarsi come assolutamente *inesistenti in diritto*, dagli altri che siano semplicemente *nulli*, *annullabili* o *rescindibili*. Alcuni autori adottano una terminologia diversa, seguendo tuttavia lo stesso concetto; e in luogo d'*inesistenza giuridica*, dicono *nullità*, contrapponendola alla

semplice *annullabilità* degli atti; o per caratterizzare meglio la differenza, dicono *nullità radicale*, o *di pien diritto*, o *assoluta*. Comunque sia, ciò non muta la sostanza nel concetto fondamentale di questa distinzione; consistente nell'esservi atti, i quali, non ostante la loro apparente esistenza di fatto, sono necessariamente privi di qualsiasi efficacia in diritto, per la mancanza di qualche requisito essenziale alla loro esistenza giuridica, ed altri atti, nei quali concorrendo ciò che è indispensabile a farli esistere giuridicamente, difetta però qualche condizione prescritta dalla legge per la loro perfetta validità civile, talchè possono per tal causa, e col mezzo delle congrue azioni concedute dalla legge medesima, essere fatti annullare o rescindere; ma frattanto, finchè codeste azioni non siano esercitate da coloro a cui spettano, e finchè l'annullazione o rescissione non sia stata pronunziata dall'autorità competente, quegli atti continuano a produrre gli effetti giuridici, che sono propri della natura loro, non altrimenti che se fossero pienamente validi.

A nostro modo di vedere, è ancora preferibile alle altre sopra cennate la locuzione più generalmente adottata, d'*inesistenza giuridica* degli atti; come quella che dà maggiore risalto alla differenza caratteristica tra questi atti, che mancano di qualche condizione essenziale, senza cui non hanno potuto formarsi, nè avere vita giuridica, nè produrre effetto alcuno; e gli altri, che trovandosi soltanto irregolari, viziati, imperfetti in qualcuna delle condizioni richieste per la piena loro validità civile, sono bensì soggetti ad annullamento, ma finchè la relativa azione non sia intentata, e il giudice non abbia pronunciata la nullità, producono tutti gli effetti che la legge attribuisce agli atti stessi pienamente validi. Nè crediamo molto esatta la critica fatta da uno scrittore nostro, il quale, pure adottando questa espressione di *obbligazione giuridicamente inesistente*, notava che: " Pur " troppo è frase, dove la proprietà del linguaggio e la pu- " rità scientifica hanno qualche cosa da desiderare; perchè

" il dire *obbligazione inesistente*, è come dire una cosa che " non c'è: ma è frase entrata nell'uso odierno con passa- " porto di antica data, e bisogna adoperarla per farsi ca- " pire „ (1). Se non che, questa parvente contraddizione di termini facilmente scompare, se si consideri che non si parla di atti i quali non abbiano alcuna esistenza, nè in fatto, nè in diritto; bensì di atti realmente formati, ma non suscettibili di aver vita giuridica, e di produrre gli effetti che ne sarebbero proprii, per la mancanza di qualche requisito essenziale alla loro esistenza. Ora, il dire che simili *atti apparenti*, esistenti di fatto, sono però *inesistenti giuridicamente*, non ci sembra davvero che offenda la proprietà del linguaggio legale, nè la purità scientifica, per quanto rigorosa si voglia.

Ma veniamo a ciò che è più sostanziale in questa dottrina. La distinzione tra i casi in cui, per mancanza di qualche condizione essenziale, gli atti siano da considerarsi come destituiti fin dalla loro origine di qualunque effetto, come non esistenti in diritto, e i casi di atti aventi efficacia legale, ma nondimeno soggetti, per qualche causa stabilita dalla legge, a poter essere annullati o rescissi, non è certamente un trovato della dottrina moderna. Gli antichi giureconsulti già avevano accennato, sebbene con qualche incertezza ed incoerenza, a questa teorica; ed essa venne poi accentuata maggiormente nelle discussioni pel codice Napoleone, nel quale infatti si contengono alcune disposizioni che la presuppongono; com'è ampiamente dimostrato in un'opera insigne (alla quale volentieri rimandiamo, anzichè ripetere ciò che si è esposto) assai meglio di quello che noi potremmo fare (2).

Fra gl'interpreti del codice surricordato, fu primo il Zachariæ a formulare sistematicamente quella dottrina; e gioverà riferire le parole di lui.

---

(1) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 146, p. 222.
(2) V. Laurent, t. XV, n. 458-463, p. 517, ss.

“ La nullità — egli dice — è la invalidità, di cui un atto
“ è colpito, come fatto in contravvenzione ad un precetto
“ o ad una proibizione della legge.

“ L'*atto nullo* differisce essenzialmente dall'*atto inesistente.*

“ È inesistente l'atto, in cui non concorrono le condi-
“ zioni essenziali per la sua esistenza di fatto, secondo le
“ nozioni del diritto filosofico, o che non è stato accompa-
“ gnato dalle solennità indispensabili per dargli una esi-
“ stenza giuridica, secondo lo spirito del diritto positivo.
“ Per esempio, sono da considerarsi come inesistenti, sotto
“ il primo aspetto, la convenzione conchiusa da un fan-
“ ciullo non ancora giunto all'età della ragione, e il con-
“ tratto di vendita, al tempo della cui formazione la cosa
“ venduta fosse già totalmente perita. Si può citare come
“ esempio d'atto inesistente, sotto il secondo punto di vista,
“ un matrimonio rimasto incompleto per non essere stata
“ pronunciata dall'ufficiale di stato civile, in nome della
“ legge, l'unione dei due sposi.

“ L'inesistenza d'un atto *è indipendente da qualunque di-*
“ *chiarazione giudiziale.*

“ Essa non può essere coperta, nè mediante *conferma*, nè
“ per effetto della *prescrizione.*

“ Spetta a qualunque giudice di rilevarla anche d'*uf-*
“ *ficio* „ (1).

I signori Aubry e Rau hanno ripetuti gli stessi pensieri, precisandoli maggiormente in alcune parti:

“ L'atto, che non riunisca gli elementi di fatto pre-
“ supposti dalla natura o dall'oggetto suo, e in mancanza
“ dei quali sia logicamente impossibile concepire l'esistenza
“ dell'atto medesimo, dev'essere considerato non solamente
“ come *nullo*, ma come *non avvenuto.* Lo stesso è dell'atto
“ che non sia stato accompagnato dalle condizioni e dalle
“ solennità indispensabili alla sua esistenza, secondo la
“ lettera o lo spirito del diritto positivo. L'inefficacia di

(1) V. Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. 1, § 37.

“ tali atti è indipendente da qualunque dichiarazione giu-
“ diziale; non può essere coperta nè colla conferma, nè
“ colla prescrizione; può essere riconosciuta, anche d'uf-
“ ficio, da qualunque giudice „ (1).

Concetti simili furono pure adottati da altri tra i più recenti autori francesi (2) e da alcuni degli scrittori nostri (3); la cui opinione però discorda da quella del *Pescatore*, che nella sua opera intitolata *Filosofia e dottrine giuridiche* si occupò ampiamente di questo argomento, respingendo la distinzione tra inesistenza giuridica e semplice annullabilità degli atti, come un concetto erroneo, che tenderebbe a scambiare per specie distinte, e differenti di caratteri e di effetti, quelle che non sarebbero altro, infine, fuorchè semplici forme diverse, e figure e maniere di rappresentare la nullità; la quale sarebbe pur sempre sostanzialmente la stessa, perchè ogni atto dovrebb'essere — al dire dell'autore — o perfettamente valido, o assolutamente nullo (4).

L'autorità incontestabile di questa contraddizione c'impegna ad esaminare con maggior cura, se la teoria accolta, può dirsi ormai concordemente, dalla moderna dottrina francese, e seguita anche dalla maggior parte degli scrittori nostri, concordi poi veramente coi principii della scienza, e trovi appoggio nei testi del codice italiano.

Non ci sembra possibile disconoscere il carattere speciale verificantesi negli atti, che si dicono *inesistenti giuridicamente*. Essi *esistono di fatto*; possono pure avere un'*apparente esistenza giuridica*; ma questa è in realtà esclusa assolutamente, per la mancanza di qualche condizione

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 37.

(2) V. Marcadé, art. 1108, §§ I, III, t. IV, n. 393, 397; *Sect.*, VII, § 1, n. 871; art. 1304, § IV, t. IV, n. 883; Demolombe, t. XXIX, n. 21-25; Laurent, t. I, n. 71, t. XV, n. 452, ss., t. XVIII, n. 531, ss.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, Lib. I, n. 24, Lib. III, p. 2ª, n. 153; Ricci, *Corso teorico pratico di dir. civ.*, vol. VI, n. 11, 340; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 142-144, 146, ss.

(4) V. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Libro I, Capo XXXII, p. 227 e seg.

essenziale, senza cui l'atto non ha potuto legalmente formarsi e divenire efficace. Tali atti pertanto — qualunque ne sia di fatto l'apparenza — giuridicamente non hanno mai avuto esistenza alcuna; e ad essi è applicabile in tutta l'estensione, e fin dal momento dell'apparente loro formazione, il principio che " *Quod nullum est, nullum producit effectum* ". Ogni persona, a danno della quale venisse in qualunque tempo invocato un qualsiasi effetto, che si pretendesse derivato da un atto mancante d'una condizione essenziale per la sua formazione, potrebbe sempre difendersi efficacemente col solo opporre l'inesistenza giuridica di quell'atto. Ma non potrebbe pure un interessato promuovere in giudizio un'azione, al fine di far riconoscere e dichiarare tale inesistenza giuridica dell'atto, e prevenire così l'invocazione degli effetti che se ne volessero far derivare in suo danno? È questo un punto di cui ci occuperemo in uno dei numeri seguenti. Frattanto però, ed ammessa la proponibilità d'una simile azione, è manifesta la specialità singolare del carattere ch'essa avrebbe; non trattandosi di distruggere, colla dichiarazione giudiziale di annullamento, un atto che abbia avuto vita giuridica ed abbia prodotti effetti legali, ma semplicemente di far riconoscere che, in onta alla sua apparente esistenza di fatto, quell'atto non si è mai formato legalmente, nè quindi ha mai potuto produrre effetto alcuno.

Questi concetti saranno resi più chiari da qualche esempio di applicazione. Ma prima è necessario avvertire come l'essenzialità delle condizioni, che debbano concorrere per la formazione giuridica degli atti, possa derivare dai principii generali di diritto, o da leggi positive; e in quest'ultimo caso tali condizioni possono riguardare talvolta l'intrinseco, tal altro le forme esteriori degli atti medesimi. Quindi l'insegnamento dato dai signori *Aubry* e *Rau*, modificando quello del *Zachariæ*, che " debba considerarsi, non solo come *nullo*, ma come *non avvenuto* un " atto, quando non vi si riscontrino gli elementi di fatto

" presupposti dalla natura o dall'oggetto suo, talchè sia
" logicamente impossibile concepire l'esistenza dell'atto
" stesso; o quando non vi concorrano le condizioni e le
" solennità indispensabili alla sua esistenza, secondo la
" lettera e lo spirito del diritto positivo „.

Suppongasi stipulato un contratto di compra e vendita d'un bene immobile. Se al tempo della stipulazione questo immobile era già intieramente perito, manca l'oggetto della obbligazione pel venditore, manca la causa della obbligazione pel compratore, che sono requisiti essenziali per la perfezione del contratto, in difetto dei quali la vendita non può quindi essersi legalmente formata, non può avere prodotto alcuno effetto, in forza dei principii generali di diritto, consacrati eziandio dalla legge positiva (art. 1104, 1119, 1461 cod. civ.). Se l'immobile fu venduto come formante parte d'una successione non ancora aperta, trattandosi di cosa che non può formare oggetto di contratto in forza della disposizione proibitiva dell'art. 1118, § 2°, ed essendo quindi anche *illecita la causa d'obbligazione* da parte dell'acquirente, il contratto *non può avere alcun effetto* (articolo 1119 codice civile) per mancanza d'un requisito essenziale ed intrinseco, dipendente dal diritto positivo. Se l'immobile fu venduto *senz'atto scritto*, manca ancora un *requisito essenziale secondo la lettera e lo spirito del diritto positivo;* ma questa volta è un requisito che non riguarda l'intrinseco dell'atto, bensì la sua forma esteriore (art. 1314 cod. civ.); e ciò non ostante, l'atto non compiuto nella forma, che la legge esigeva *ad essenza*, dovrà considerarsi *come non avvenuto*. In tutti questi casi si hanno atti *esistenti di fatto*, ma da riguardarsi come inesistenti ed improduttivi di qualsiasi effetto in diritto.

Suppongasi ora che una delle parti siasi trovata al momento del contratto in condizione di naturale incapacità a prestare il consenso, perchè privata, per una cagione qualsiasi anche momentanea, dell'uso della propria ragione. Il contratto in tal caso *esisteva di fatto*, ed *apparentemente*

anche in diritto; e nondimeno, poichè vi era impossibilità per una delle parti di prestare un vero consenso, il contratto non potrà, secondo i principii generali di diritto, essersi formato, dovrà essere considerato *inesistente giuridicamente;* quantunque la causa di ciò non risulti dall'atto, e si possa trovarsi nella necessità di farne oggetto di controversia, e di prove non sempre facili davanti all'autorità giudiziaria.

Prescindendo per ora dalle differenze speciali, tra gli atti inesistenti e gli atti nulli od annullabili, che vedemmo accennate dagli autori sopra citati, e delle quali ci riserbiamo di discorrere nei numeri seguenti; è certo intanto che nessuna delle ipotesi che abbiamo figurate finora, nè altra simile, potrebbe mai confondersi con quelle di atti, nei quali concorrendo tutti i requisiti essenziali alla loro formazione, abbiano vita legale gli atti medesimi, e producano gli effetti che ne sono propri, salvo il potersi distruggere quella loro esistenza, e far cessare quegli effetti, provocandone l'annullamento mediante l'azione o l'eccezione di nullità o rescissione, esercitata od opposta da chi vi abbia interesse, o da coloro in cui favore la nullità sia introdotta e l'azione o la eccezione sia conceduta.

Vi è però un motivo per dubitare della verità di questa proposizione, secondo cui gli atti inesistenti giuridicamente, a differenza di quelli che siano soltanto nulli od annullabili, non producono mai neppure inizialmente effetto alcuno. Osserva il *Pescatore* doversi distinguere tra i casi che l'atto o il contratto nullo sia stato o non sia stato eseguito. Ed anche di un atto o di un contratto inesistente giuridicamente può verificarsi di fatto che sia stato eseguito, o dal debitore stesso, che erroneamente siasi creduto obbligato, o dai successori di lui, che abbiano ignorata la causa d'inesistenza giuridica dell'obbligazione apparentemente assunta dal loro autore. Ora, a fronte dell'indebito soddisfacimento d'una obbligazione, che non sussisteva affatto in diritto, competerà l'azione in ripetizione di ciò che è stato pagato

(art. 1145, 1237 cod. civ.); la quale azione però sarà estinguibile, come tutte le altre, mediante la prescrizione trentennale (art. 2135 cod. civ.). Compiuta questa prescrizione estintiva, non sarà dunque il caso di dover dire che l'atto inesistente giuridicamente ha pur prodotto un effetto civile, dappoichè rimane legittimato il pagamento fatto in esecuzione d'una obbligazione derivante da quell'atto? Una tale idea, però, non potrebb'essere che il risultato d'un equivoco. Se il pagamento fatto rimane in qualche modo, e per via indiretta, convalidato, non è perchè divenga produttiva di effetti l'obbligazione assunta mediante un atto, che non ha mai avuta alcuna esistenza giuridica; ma perchè l'azione per ricuperare il non dovuto non è più esercibile, in virtù della legge, che per motivi d'interesse sociale ha dovuto porre un termine alla facoltà di richiedere giudizialmente quello che ci sia per qualsiasi causa dovuto (1).

Gli autori, che trattano di questo argomento, contrappongono generalmente agli atti inesistenti giuridicamente, quelli che siano soggetti alle *azioni di nullità o di rescissione*, contemplate negli articoli 1300 e seguenti del nostro codice. E certamente la distinzione apparisce allora in tutta la sua evidenza. Prescindiamo pel momento dalla questione, se il legislatore usando nel citato articolo 1300 l'espressione di *azioni di nullità o di rescissione* abbia inteso di consacrare promiscuamente queste due parole, applicandole indistintamente a tutti i casi indicati nell'articolo stesso, o se abbia voluto riferire specialmente le *azioni di nullità* alla impugnazione dei contratti per vizi del consenso e per incapacità civile d'uno dei contraenti, e le azioni di rescissione ai soli casi di lesione nelle divisioni e nella vendita. È un punto questo, intorno al quale ci riserbiamo di presentare qualche osservazione più tardi. Ma considerando per ora tutte in complesso le azioni di nullità e di rescissione esperibili nei casi espressamente previsti

(1) V. Laurent, t. XV, n. 465, p. 536-538.

nel detto articolo 1300, ci sembra troppo manifesta la differenza essenziale tra i casi medesimi, e quelli d'inesistenza giuridica d'un atto o d'un contratto, per potersi muovere intorno a ciò dubbi che abbiano fondamento abbastanza grave.

La lesione non può veramente riguardarsi — non ostante qualche autorevole opinione in contrario (1) — come " *un* " *vizio di consenso* inerente alle condizioni costitutive della " convenzione, al pari dell'errore, della violenza e del " dolo ". Se fosse così, la lesione dovrebb'essere causa di rescissione per tutti i contratti, mentre la legge non l'ammette che in via di eccezione *in casi e sotto condizioni specialmente espresse* (art. 1308 cod. civ.), e cioè nelle divisioni a favore del coerede che sia stato *leso oltre il quarto* (articolo 1038 cod. civ.), e nella vendita *di beni immobili*, a favore *del solo venditore*, qualora sia stato leso oltre la metà nel giusto prezzo (art. 1529, 1536 cod. civ.). Queste disposizioni di legge hanno fondamento, quanto alla divisione, nella natura particolare di quest'atto, che esige il mantenimento della uguaglianza tra i condividenti; e quanto alla vendita di beni immobili, nella speciale protezione, che si è creduto di dovere accordare alla proprietà immobiliare, e nel pericolo che gli acquirenti abusino del bisogno in cui si trovino i venditori, per spogliarli di quella loro proprietà a prezzo non giusto. Ora, in tutto ciò vi è forse qualche cosa, che possa fare assomigliare codesti atti, soggetti a rescissione, a quelli in cui sia mancato qualche requisito essenziale alla loro formazione giuridica? Non può dirsi certamente che tali atti rescindibili manchino di efficacia legale, non siano suscettibili di produrre effetti in diritto. Tanto hanno efficacia, che se il condividente o il venditore leso non voglia usare della facoltà, data a lui solo dalla legge, di provocare la rescissione, la divisione o la vendita si considera come perfetta, e dev'essere pienamente ese-

(1) V. Demolombe, t. XXIX, n. 38.

guita; tanto producono effetti giuridici, che anche essendo promossa l'azione di rescissione, basta che gli altri condividenti offrano all'attore il supplemento della sua porzione ereditaria, basta che il compratore, dopo ammessa l'azione del venditore, prescelga di ritenere la cosa pagando il supplemento al giusto prezzo, perchè la rescissione non abbia più effetto, e l'atto di divisione o la vendita rimanga in pieno vigore (art. 1042, 1534 cod. civ.). E quand'anche l'azione sia promossa, e non ne venga troncato il corso o impedito l'effetto mediante l'offerta del supplemento, non può dirsi però che l'atto di divisione o di vendita sia stato improduttivo fin dalla sua origine di effetti legali; ma viene *rescisso* (tale è la espressione usata per questo caso costantemente dal legislatore, negli articoli 1038 § 2°, 1308, 1529, 1534, 1536 cod. civ.), il che val quanto dire che si scioglie un vincolo giuridico, del quale pertanto si presuppone l'esistenza. E in fine la proponibilità dell'azione è limitata ad un tempo breve — di due anni per la vendita immobiliare, di cinque anni per l'atto divisionale — trascorso il qual tempo l'atto diviene inoppugnabile per questa causa della lesione; il che dunque presuppone un'altra volta l'efficacia giuridica iniziale dell'atto medesimo, quantunque lesivo. Così ci sembra che in rapporto all'azione rescissoria per lesione non potrebb'essere più evidente la differenza degli atti meramente apparenti, e che non hanno alcuna vera esistenza giuridica.

I vizi che rendono imperfetto il consenso — l'errore, la violenza, il dolo (art. 1108 cod. civ.), — e le incapacità civili a contrattare — dei minori, degl'interdetti, degl'inabilitati, delle donne maritate (art. 1106 cod. civ.) — danno luogo ad una semplice *annullabilità* degli atti in cui quei vizi di consenso si riscontrino, in cui siano state parti codeste persone incapaci; nel senso che la legge non vuole che tali atti siano nulli per sola virtù diretta ed immediata della sua disposizione, ma solo apre contro gli atti medesimi un'azione di nullità, lasciando in libertà di coloro dei

quali fu viziato il consenso, o degl'incapaci stessi, di esercitare o no quell'azione. Sotto questo aspetto reputiamo perfettamente giuridico ed opportuno, per mantenere colla precisione del linguaggio la chiarezza e la distinzione delle idee, il non confondere la semplice *annullabilità* colla *nullità* degli atti proclamata direttamente dalla legge. E ci sembra di trovare nei testi medesimi di essa manifesto fondamento a questa distinzione. Nell'articolo 1300 si parla di *azioni di nullità* concedute a coloro il cui consenso in un contratto sia stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, ed a coloro che siano stati incapaci a contrattare per minorità, interdizione, inabilitazione, o come donne maritate. Nell'articolo 1303 si annoverano i casi, nei quali *è ammessa l'azione di nullità* a favore dei minori, avverso le obbligazioni da essi contratte. Nell'articolo 1305 si prevedono casi in cui *il minore non può impugnare* un'obbligazione da lui assunta. Nell'articolo 1773 si dichiara *ammessa l'azione di nullità* contro una transazione *nei casi di dolo, di violenza o di errore* sopra la persona o l'oggetto della controversia. Nell'articolo 1774 è stabilito *potersi impugnare ugualmente* — cioè coll'azione di nullità — una transazione che sia stata fatta in esecuzione d'un titolo nullo, salvo che le parti abbiano espressamente trattato della nullità. A questi potrebbe sembrare contrapponibile un altro tasto, dal quale apparirebbe pronunciata direttamente dalla legge la nullità di un atto fatto da un incapace; ed è l'articolo 335, nel quale è detto che " gli " atti fatti dall'interdetto dopo la sentenza d'interdizione, od " anche dopo la nomina dell'amministratore provvisionale, " *sono nulli di diritto* „. Ma il senso speciale, che si volle attribuire a questa espressione, risulta chiaramente dal confronto colla disposizione del successivo articolo 336, dove essendo stabilito che anche *gli atti anteriori alla interdizione possono essere, sotto certe speciali condizioni, annullati*, si comprende facilmente che dichiarando *nulli di diritto* gli atti fatti dall'interdetto dopo la sentenza d'inter-

dizione, si è inteso solo di escludere rispetto ad essi qualunque altra condizione fuor quella della pronunciazione di tale sentenza. E d'altra parte il secondo paragrafo dello stesso articolo 335, statuendo che " *la nullità non può essere* " *proposta*, se non dal tutore, dall'interdetto e dai suoi eredi " od aventi causa „ pone in evidenza che si tratta anche qui d'un'*azione di nullità aperta in favore dell'incapace*, o di chi lo rappresenta, non già di una nullità imposta dalla legge.

A queste idee fu contrapposta da esimii giureconsulti l'osservazione, che " la legge pone l'incapacità civile di " contrattare, e la nullità del contratto consentito da un " incapace, come causa ed effetto indivisibili; la nullità " esiste necessariamente pel fatto dell'incapacità; dunque " preesiste, come l'incapacità stessa, alla sentenza del giu- " dice, il quale non la crea, ma ne dichiara la precedente " esistenza „ (1); e che " Quando un incapace, o un con- " traente, che fu ingannato o leso, domanda la rescissione " dell'obbligo contratto, ottiene l'annullamento, che invoca, " dall'autorità della legge; la quale nel concorso delle con- " dizioni determinate ritiene invalida la obbligazione, ed " obbliga il giudice, richiesto che ne sia, a pronunciare la " rescissione, senza lasciargli verun arbitrio di mantenere " la obbligazione. Non siamo dunque in un tema dove en- " trino i poteri discrezionali del giudice, come entrano nella " compensazione giudiciale, nella condizione risolutiva ta- " cita; ma in una materia, dove l'ufficio del giudice si " restringe a raccogliere e ponderare le prove, per giudicare " poi a norma di legge *secundum allegata et probata* „ (2).

E intorno a tutto ciò non vi è alcun dubbio. Non sarebbe certamente possibile sostenere che la nullità di un atto per vizio di consenso, o per incapacità civile della parte, non si verificasse fin dal momento in cui l'atto è compiuto con

---

(1) V. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Capo XXXII, p. 232.
(2) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 143, p. 217, 218.

tali imperfezioni; che la sentenza proferita dal giudice intorno a tale nullità non dovesse considerarsi come semplicemente dichiarativa, ma come creativa della nullità; che il giudice avesse un potere discrezionale per ammettere l'annullazione o negarla, ancorchè se ne verificassero le cause previste dalla legge. Tutte queste affermazioni sarebbero troppo evidentemente contrarie ai più elementari principii di diritto, per doversi affaticare a combatterle. È però ben altra cosa l'asserire che non sia da farsi alcuna distinzione tra i casi in cui la legge si limiti ad aprire in favore di determinate persone l'azione di nullità contro determinati atti — come appunto negli articoli già sopra citati 335 § 2°, 1300, 1303, 1308, 1773, 1774 cod. civ. — e gli altri casi in cui la legge dichiari essa stessa direttamente nulli certi altri atti; come, per esempio, quando dice nulle le sostituzioni fedecommissarie (art. 899, 900 cod. civ.), nulle le donazioni a favore d'incapaci, ancorchè dissimulate sotto forma di contratto oneroso (art. 1055 cod. civ.), nulla la donazione di beni futuri (art. 1064 cod. civ.), nulla la compera di beni appartenenti a persone incapaci, fatta dai loro amministratori (art. 1457 cod. civ.), nulla la cessione di ragioni litigiose ottenuta da giudici, avvocati, procuratori e notai (art. 1458 cod. civ.), nulla la transazione fatta sopra documenti che siano poscia riconosciuti falsi (art. 1775 cod. civ.) ecc. Certo, sì nell'una che nell'altra di queste categorie di casi l'annullamento degli atti non può mai dipendere che dalla disposizione espressa o virtuale della legge, e la sentenza che lo pronunci ha sempre carattere meramente dichiarativo; ma negli uni la legge abbandona alla volontà di determinate persone di poter promuovere, o no, l'annullamento, limitandosi ad attribuir loro un'azione per provocarne la dichiarazione giudiziale, ed allora l'atto è semplicemente *annullabile;* negli altri invece è la legge stessa che dichiara la nullità, ed allora l'atto è propriamente *nullo;* salvo che poi l'invocare codesta disposizione della legge, e la nullità da essa

dichiarata, o spetta a qualunque interessato, e in tal caso la nullità dicesi *assoluta*, od è riservata soltanto a date persone, in cui vantaggio è introdotta la nullità stessa, che allora dicesi *relativa* (1).

Tale distinzione ci sembrò risultare abbastanza chiaramente dai testi del codice, che abbiamo sopra citati: e crediamo poi che anche in teoria non sia troppo difficile giustificarla. Allorchè la causa di annullamento d'un atto o d'un contratto dipenda da vizi che rendano imperfetto il consenso, o da incapacità civile d'una delle parti, ciò riguarda unicamente l'interesse della parte stessa; ed è naturale che a lei sola sia rimesso di giudicare se sia giusto e se le convenga di provocare l'annullazione, o di lasciare produrre all'atto o contratto viziato gli effetti che ne derivano in caso di perfetta validità. Può darsi che la parte riconosca in coscienza sua di dover adempiere il contratto, quantunque legalmente imperfetto, perchè le cause che vizierebbero il consenso non le abbiano in realtà impedito di prestarlo con bastante conoscenza delle cose e libertà, o perchè non ostante la incapacità civile in cui si trovava al tempo del contratto, sappia però di avere agito con sufficiente discernimento. Può darsi che nonostante la imperfezione legale del contratto, le torni vantaggioso di eseguirlo. E per qual ragione adunque dovrebbe la legge dichiarare essa stessa direttamente la nullità di questi atti o contratti? Non provvede forse abbastanza a guarentire la lealtà e libertà del consenso, e la protezione che ha voluto concedere agl'incapaci, coll'attribuire alla parte stessa un'azione, da lei esercibile facoltativamente, per fare pronunciare l'annullamento? In altri casi, invece, la legge deve munire di sanzione i precetti od i divieti contenuti nelle proprie disposizioni, colpendo di nullità gli atti che vi contravvengono; ed allora è naturale che codesta nullità sia dichiarata direttamente dalla legge stessa, anzichè limitarsi a

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 37, nⁱ 16 e 17.

deferire ai privati un'azione, mediante cui possano promuovere la dichiarazione di tale nullità. Or dunque, nei casi sopraddetti di semplice *annullabilità*, ci sembra pure manifestissima la impossibilità di confonderla colla *inesistenza giuridica* dell'atto e del contratto. La quale, se si verificasse, dovrebbe rendere l'atto o contratto medesimo improduttivo di qualunque effetto legale, fin dalla sua origine; mentre all'opposto l'atto *annullabile* produce inizialmente tutti gli effetti che ne sono propri, salvo il farli cessare retroattivamente mediante l'annullamento, qualora la parte, a cui la legge attribuisce a tal uopo la relativa azione, si determini ad esercitarla.

Di fronte alle semplici *annullabilità*, di cui finora parlammo, ed alle quali specialmente riguarda la disposizione del citato articolo 1300 del codice civile, stanno alcune *nullità* vere e proprie, dichiarate cioè direttamente dalla legge stessa, ma invocabili soltanto da determinate persone; al cui privato interesse appartenendo il motivo del precetto o della proibizione della legge, e il motivo quindi della nullità comminata per la violazione della legge stessa, è pertanto razionalmente riservato a quelle sole persone di chiedere che le conseguenze di tale nullità siano in loro vantaggio applicate. È perciò che quelle nullità si chiamano *relative*. Così, per dire di qualcuna, la legge dichiara nulla l'alienazione o l'obbligazione della dote, quantunque acconsentita da ambidue i coniugi, se non è stata permessa nel contratto di matrimonio, o non si adempiano le condizioni di autorizzazione prescritte; ma riserva al marito ed alla moglie durante il matrimonio, e quando questo sia sciolto, alla moglie sola, di *far rivocare l'alienazione o l'obbligazione* (art. 1407 cod. civ.): la legge dichiara nulla la vendita della cosa altrui, ma soggiungendo che tale nullità *non si può mai opporre dal venditore*, la rende relativa soltanto al vero proprietario ed al compratore (art. 1459 cod. civ.); la legge dichiara nulle le compere fatte dal genitore, dei beni appartenenti ai figli soggetti alla sua podestà; dai

tutori, protutori e curatori, dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura; dai procuratori, dei beni che sono incaricati di vendere, ecc. (art. 1457 cod. civ.): ma tale nullità non è che relativa, nè può essere proposta dalle persone contro le quali è stabilita la proibizione di comperare.

Ora, queste *nullità relative*, quantunque differenti — a nostro modo di vedere — dalle semplici *annullabilità*, quantunque dichiarate direttamente dalla legge stessa, non essendo però invocabili fuorchè da quelle determinate persone, nel cui privato interesse sono state introdotte, lasciano dunque luogo, infino a quando, sulla relativa azione od eccezione proposta dalle predette persone, non sia stato dal giudice pronunciato l'annullamento, a verificarsi tutti gli effetti legali dell'atto soggetto a nullità, come se fosse invece valido: non solo rispetto alle altre parti, dalle quali la nullità non è proponibile, ma rispetto a colui medesimo a cui essa è relativa. Pertanto non è possibile porre in dubbio la differenza essenziale che esiste anche tra la nullità vera e propria, ma relativa, di certi atti, e la inesistenza giuridica di altri, i quali appunto perciò sono assolutamente inetti a produrre mai un qualsiasi effetto di diritto.

Rimangono in ultimo le *nullità assolute*, ossia proponibili da qualunque persona interessata, e tra esse più specialmente quelle che si dicono d'*ordine pubblico*.

Avviene non di rado, anche consultando le opere più recenti, e nelle quali pure si ammette la distinzione tra l'inesistenza giuridica e la semplice annullabilità o nullità degli atti, di trovare considerati come assolutamente inesistenti quelli che sono semplicemente colpiti di nullità, qualora questa sia assoluta e d'ordine pubblico. E veramente alcuni caratteri sono infatti comuni tra gli uni e gli altri. Così le nullità assolute d'ordine pubblico possono anch'esse venir rilevate *d'ufficio* dai giudici; e non sono suscettibili d'essere sanate mediante conferma — se almeno

continui a sussistere la causa d'ordine pubblico che ha dato motivo alla nullità — nè possono essere coperte mediante la breve prescrizione stabilita dall'articolo 1300 del codice civile.

Resta però a vedersi se anche in altri rapporti, ed in tutto coincidano perfettamente i caratteri e le conseguenze legali di codeste nullità, con quelli della inesistenza giuridica degli atti; e principalmente, se nella prima ipotesi, come nella seconda, sia da ritenersi assolutamente escluso che l'atto abbia mai potuto produrre, fin dalla sua origine, un qualsiasi effetto giuridico.

Un esimio scrittore nostro ha creduto di potere stabilire come principio " che dovunque il giureconsulto s'imbatta " in un'azione di nullità assoluta, cioè a dire esperimen- " tabile da ogni interessato, potrà con tutta sicurezza con- " cludere, che non si tratta quivi di rescissione, nè di " obbligazione invalida, ma *di giuridica inesistenza di obbli-* " *gazione* (1) „. Per verità, non sapremmo partecipare a tutta questa sicurezza di conclusione; e ci sembra anzi una contraddizione nei termini il parlare insieme di *azione esperibile per far dichiarar nulla un'obbligazione*, e d'*inesistenza giuridica* di questa; poichè non è concepibile l'azione di nullità contro un atto che non sia mai esistito, come non sarebbe possibile al giudice annullare il nulla. L'*azione di nullità* suppone un atto, avverso il quale sia diretto; un atto che esista e produca qualche effetto legale, a rimuovere il quale, mediante l'annullamento dell'atto medesimo, tende appunto l'azione.

Lo stesso autore si occupa poi di stabilire quando una nullità possa dirsi *assoluta*, e quando *relativa;* e dopo aver fatta una critica, forse eccessivamente severa, delle varie opinioni manifestate a tale proposito dai più illustri giureconsulti francesi, risponde " che vi sono taluni vizi " deducibili da tutti gl'interessati, od anche pronunciabili

(1) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 156, p. 238.

“ d'uffizio dai giudici; e ve ne sono altri di cui non può “ prevalersi che uno solo tra i contraenti; ma il criterio “ per riconoscere, quando la nullità sia assoluta o piut- “ tosto relativa, non si può fissare in linea teorica che in “ modo generalissimo. *Assoluta nullità, se la disposizione è* “ *di ordine pubblico o d'interesse generale; nullità relativa,* “ *se è in favore di questo o quel contraente.* Restano tutte le “ difficoltà di applicazione, le quali non si possono risol- “ vere che ai luoghi opportuni esaminando le disposizioni “ singolari „ (1).

Così, secondo questo egregio giurista, *nullità d'ordine pubblico* e *nullità assoluta* sarebbero la stessa cosa; e la nullità assoluta s'identificherebbe poi colla *inesistenza giuridica* degli atti. Se non che amendue queste proposizioni ci sembrano erronee. Le aveva enunciate il *Solon*, che pure è tra gli autori francesi censurati dal *Giorgi*. “ Le nullità “ assolute — scriveva quel giureconsulto — sono quelle “ pronunciate dalla legge in favore di tutti coloro che “ possono avere interesse a prevalersene. *Simili nullità* “ *riducono l'atto ad un puro fatto;* esse sono tanto gravi, “ che *svincolano le parti contraenti dalle loro rispettive* “ *promesse. Tali sono le nullità dipendenti dalla violazione* “ *delle leggi di cui l'interesse pubblico forma il principale* “ *motivo.* Tali sono ancora quelle che risultano dalla “ omissione delle formalità prescritte per un contratto “ solenne, o dall'essere stata assunta una obbligazione “ senza causa, ecc. „ (2).

Come si vede, il *Solon* non distingueva affatto la nullità dalla inesistenza giuridica degli atti, ed a questa dava il nome di *nullità assoluta;* nondimeno accennava alle *nullità d'ordine pubblico* come uno degli esempi di nullità assoluta, e nulla più. Il *Giorgi*, che pure ammette la distinzione tra inesistenza giuridica e nullità degli atti, confonde però

(1) V. Giorgi, *op. cit.*, vol. VIII, n. 157, p. 241.
(2) V. Solon, *Traité des nullités*, n. 9.

l'una coll'altra qualora la nullità sia assoluta; e reputa poi che questo carattere debba attribuirsi a tutte le nullità d'ordine pubblico, e ad esse sole. Pure ci sembra facile dimostrare l'errore che vi è in tutto ciò. Vi sono nullità d'ordine pubblico, le quali nondimeno non hanno il carattere di assolute; e lo dimostra il testo medesimo della legge, col dichiarare *relativa* la nullità degli atti compiuti senza le debite forme abilitanti da persone civilmente incapaci, quali sono i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, le donne maritate (art. 137, 227, 322, 335 § 2°, 341, 1107 § 1°, 1303 cod. civ.); quantunque tale nullità dipenda dalla contravvenzione a disposizioni di legge indubitabilmente d'*ordine pubblico*, come lo sono tutte quelle concernenti lo stato e la capacità delle persone. È vero infatti che le nullità dipendenti da considerazioni d'ordine pubblico debbono riguardarsi generalmente come assolute; ma a questo principio è da farsi eccezione pei casi in cui si tratti di nullità derivanti dall'inosservanza di forme esclusivamente prescritte per l'interesse privato d'una delle parti contraenti — come si verifica appunto rispetto alle persone civilmente incapaci — o qualora il concedere indistintamente a tutti gl'interessati d'invocare una nullità fondata sovra motivi d'ordine pubblico, riuscirebbe in opposizione allo scopo propostosi dal legislatore (1). D'altra parte, neppure sembra da reputarsi esatta l'altra proposizione, che nessuna nullità sia classificabile tra le assolute, se non sia insieme d'ordine pubblico. Può darsi che una nullità dichiarata dalla legge non concerna punto l'ordine pubblico; e tuttavia non riguardando esclusivamente all'interesse privato di determinate persone, ma generalmente di tutti coloro ai quali quel determinato atto potesse essere opposto, la nullità sia quindi proponibile da tutti indistintamente gli interessati, e cioè assoluta. E per citare un esempio: l'articolo 1998 del codice civile stabilisce essere

---

(1) V. Aubry e Rau, t. 1, § 37, nr 13 e 14.

nulla la notificazione ipotecaria, qualora essendo stata omessa od inesattamente recata nel titolo costitutivo dell'ipoteca, o nelle note d'iscrizione, qualcuna delle indicazioni richieste dalla legge, *ne risulti incertezza sulla persona del creditore o del debitore, o su quella del possessore del fondo gravato, quando n'è necessaria l'indicazione, o sulla identità dei singoli beni gravati, o sull'importare del credito.* Or questa nullità non potrebbe dirsi veramente *d'ordine pubblico*, giacchè i motivi delle disposizioni di legge, dalla cui violazione deriva, non riguardano l'interesse generale, ma l'interesse privato degli altri creditori, e degli acquirenti dei beni gravati; e nondimeno è nullità assoluta, perchè la proponibilità di essa non è limitata a determinate persone dal testo della legge, e d'altronde i motivi di queste si estendono naturalmente a tutti coloro che possano avere interesse nell'esattezza di quelle indicazioni, la cui omissione od imperfezione è causa di nullità.

Quanto poi al considerare come identificabili l'inesistenza giuridica e la nullità assoluta di un atto, ci sembra che decisive ragioni vi si oppongano.

La caratteristica essenziale della inesistenza giuridica degli atti consiste — come ripetutamente abbiamo notato — nell'esser questi, fin dalla loro origine, assolutamente destituiti di qualsiasi effetto legale; talchè, non solo è lecito sempre a chiunque vi abbia interesse l'opporre in via di eccezione codesta inesistenza giuridica di un atto, od anche, se gli giovi, il provocarne in via di azione la dichiarazione giudiziale; non solo i giudici possono rilevare d'ufficio la inesistenza predetta; ma ogni persona può regolare gli atti propri senz'alcun riguardo a quell'atto che non esiste in diritto, e senza che perciò possa mai incorrere, a cagione dell'apparente esistenza di esso, in veruna conseguenza dannosa. Ma quando invece un atto esiste giuridicamente, ancorchè sia nullo per nullità assoluta e d'ordine pubblico, finchè questa non sia stata riconosciuta e dichiarata giudizialmente, esso produce gli effetti

legali che sono propri della natura sua, e non è in arbitrio d'alcuno il disconoscerli ed operare come se l'atto non esistesse.

Certo, se l'atto è *nullo assolutamente*, qualunque persona avente interesse potrà addurre quella nullità, opponendola in via di eccezione, o facendola valere mediante azione giudiziale; e se la nullità è d'ordine pubblico, e l'atto che n'è infetto viene invocato in giudizio a fondamento delle domande o delle eccezioni rispettive delle parti contendenti, tale nullità, quantunque non dedotta dall'altra parte, potrà e dovrà essere rilevata d'ufficio.

Certo altresì, che in pura teoria può affermarsi che l'atto nullo assolutamente, tanto più essendo tale per motivi d'ordine pubblico, non dovrebbe, per virtù diretta della disposizione di legge, a cui contravviene, avere efficacia alcuna. E sarà disputabile eziandio — come infatti è controverso — se tali nullità siano sanabili mediante la conferma, e se possano essere coperte colla prescrizione, e specialmente con quella più breve stabilita nell'art. 1300 del codice civile. Ma tutto ciò non infirma la già notata differenza essenziale tra le nullità, ancorchè assolute e d'ordine pubblico, e la inesistenza giuridica degli atti. Sia pure che ogni interessato possa dedurre in giudizio tali nullità, ed i tribunali possano rilevarle anche d'ufficio. Rimane però sempre in libera facoltà dei privati di lasciar luogo nel loro particolare interesse — di cui essi soli sono arbitri — agli effetti dell'atto, comunque nullo; e se essi non propongono la nullità, o se non danno occasione ai giudici di pronunciarla d'ufficio, fondando domande ed eccezioni sopra questi atti assolutamente nulli per motivi d'ordine pubblico, anche tali atti continuano a produrre gli effetti legali propri della natura loro, non altrimenti che se fossero validi, finchè l'autorità giudiziaria non abbia riconosciuta e dichiarata la nullità, ad accertare la quale possono non rare volte incontrarsi difficoltà non lievi di fatto e di diritto; nè frattanto quegli effetti legali dell'atto,

sebbene nullo per legge, possono essere disconosciuti od impunemente contrariati da alcuno.

Così, riprendendo un esempio che già abbiamo proposto superiormente, una iscrizione ipotecaria nulla, a senso dell'articolo 1998 del codice civile, può produrre nondimeno gli effetti legali, se gl'interessati non facciano valere in congrua sede di giudizio la nullità, provando — ciò che può dar luogo a controversie, e rendere necessari apprezzamenti non sempre facili — che l'omissione o l'inesattezza, nelle note ipotecarie, di qualcuna delle indicazioni volute dalla legge, produce un'*assoluta incertezza* sulla identità delle persone o dei beni, o sull'ammontare del credito guarentito. Nè il conservatore delle ipoteche potrebbe rifiutarsi alla iscrizione, reputando che le indicazioni contenute nella nota presentatagli lasciassero luogo a quelle *assolute incertezze*, che nel detto articolo 1998 sono contemplate; non spettando a lui di sostituirsi ai giudici nel riconoscere la esistenza delle cause di nullità della notificazione.

Consideriamo pur anche un caso di nullità assoluta d'ordine pubblico. L'art. 1107 del codice civile dispone nel secondo paragrafo che: “ L'incapacità derivante da “ interdizione per causa di pena *si può opporre da chiunque* “ *vi ha interesse* „. La nullità, pertanto, degli atti fatti da un interdetto legalmente per condanna penale, è espressamente dichiarata *assoluta;* ed è poi indubitabilmente d'*ordine pubblico*, dipendendo da disposizioni di legge riguardanti lo stato e la capacità personale. Nondimeno dovranno forse riguardarsi i predetti atti come *inesistenti giuridicamente?* Evidentemente no. Il testo stesso della legge dice che la incapacità dell'interdetto legalmente, e la conseguente nullità degli atti da lui compiuti, *si può opporre* dagl'interessati; e ciò presuppone un atto esistente, avverso cui la oppongano; un atto suscettibile di produrre effetti legali, ad impedire i quali gli aventi interesse propongano appunto la nullità. E d'altra parte, quantunque

gli atti dell'interdetto legalmente siano assolutamente nulli per motivi d'ordine pubblico, se però gli aventi interesse reputano conveniente per loro di lasciar luogo agli effetti di quegli atti, anzichè provocarne l'annullamento, non vi sarebbe ragione per decidere a loro malgrado in senso contrario. All'opposto, se si trattasse d'atti veramente inesistenti in diritto, non potrebbesi certamente ammettere che fosse in facoltà degl'interessati di far produrre effetti legali a quegli atti, che non avessero mai avuto in diritto esistenza alcuna.

Le idee che abbiamo esposte concordano in sostanza con quelle adottate dai più moderni ed autorevoli interpreti del codice francese.

Il *Zachariæ*, dopo avere insegnato, trattando della *conferma*, che non ne sono suscettibili le *obbligazioni inesistenti*, soggiungeva che invece tutte le obbligazioni soggette a nullità sono in generale confermabili " poco importando " che la nullità da sanarsi sia di sostanza o di forma, *rela*- " *tiva o assoluta, d'interesse privato o d'ordine pubblico* „. E propugnava cotesto principio relativamente all'applicabilità della breve prescrizione stabilita per le azioni di nullità o rescissione (1).

I signori *Aubry* e *Rau* ritennero le stesse massime (2). Il *Demolombe* professava che per l'applicabilità dell'art. 1304 del codice francese — corrispondente al 1300 del codice italiano — " si può ammettere che non sia da far distin- " zione se la nullità sia *relativa* od *assoluta;* perciocchè, " quantunque la nullità sia assoluta, ciò non toglie che la " convenzione sia solamente annullabile „ ma non credeva giuridica una tesi simile in riguardo alla distinzione tra le nullità d'interesse privato e quelle d'interesse pubblico, e diceva che " Supposta una convenzione, la quale si trovi " originariamente infetta d'una nullità d'ordine pubblico,

---

(1) V. Zachariæ, *Cours de dr. civ. fr.*, t. I, § 337, n° 3, 4, § 339, nª 6.
(2) V. Aubry e Rau, t. IV, § 337, nª 9, § 339, n. 1°, e nº 5, 6, 7.

" devesi decidere che l'art. 1304 non le sarà mai appli-
" cabile, neppur quando, ulteriormente, in un tempo più o
" meno incerto e lontano, la causa di tale nullità venisse a
" sparire „ (1).

Il *Laurent*, dal principio che le nullità devono essere pronunciate per sentenza, deduceva la conseguenza che " infino a quando un contratto non sia stato annullato, *esso*
" *esiste e produce tutti gli effetti d'un contratto che fosse pie-*
" *namente valido.* Fu deciso *doversi ciò ritenere ancor quando*
" *la nullità sia assoluta e d'ordine pubblico;* dovendo
" nondimeno l'atto avere effetto finchè non sia stato an-
" nullato dai tribunali. E *ciò non ammette dubbio.* Quando
" il contratto è *inesistente*, la legge dice che l'*obbligazione*
" *non può avere alcun effetto* (art. 1131 codice Napoleo-
" nico, 1119 codice italiano); ma se l'atto è semplice-
" mente nullo, esso ha una esistenza legale fino al tempo
" in cui venga annullato; epperò deve produrre i suoi
" effetti finchè il giudice non ne abbia pronunciato l'an-
" nullamento. L'agire in nullità spetta alle parti interes-
" sate; esse sole possono sapere se è di loro interesse
" mantenere l'atto o promuoverne l'annullazione „. E l'autore ricordava l'applicazione fatta del medesimo principio in un altro arresto della Corte di cassazione, giudicando che un usciere, chiamato a rispondere del pagamento eseguito in favore d'uno e in pregiudizio dell'altro, tra due creditori opponenti alla distribuzione del danaro ricavato dalla vendita di beni pignorati, non poteva difendersi allegando la nullità dell'opposizione fatta dal creditore, che agiva contro di lui, perchè l'usciere avrebbe dovuto arrestarsi a fronte dell'opposizione, di cui le sole parti interessate potevano provocare l'annullamento; e finchè l'atto non fosse annullato, l'opposizione sussisteva, e l'usciere doveva rispettarla (2).

---

(1) V. Demolombe, t. XXIX, n. 64-67.
(2) V. Laurent, t. XVIII, n. 533.

Così crediamo dimostrato abbastanza sicuramente in teoria, che l'inesistenza giuridica degli atti va sempre distinta per differenze essenziali, non solo dalla *rescindibilità* od *annullabilità*, ma eziandio dalle *nullità dichiarate direttamente dalla legge stessa*, quand'anche siano *assolute* e d'*ordine pubblico*.

Già avvertimmo però come questa dottrina abbia trovato un contraddittore autorevolissimo in uno dei più illustri tra i moderni giureconsulti italiani; il quale oppugnando ogni distinzione tra inesistenza giuridica e nullità od annullabilità degli atti, ha riassunti i suoi concetti in una formula, che riferiremo colle medesime sue parole.

" Ogni atto giuridico — egli disse — ha il suo scopo, " e debbe riunire in sè tutte le condizioni dichiarate neces- " sarie per natura o per legge, onde sia *valido*, cioè atto a " raggiungere quello scopo, a produrre quell'effetto, quel- " l'obbligazione, quel diritto che è conforme alla sua desti- " nazione. Si avverano tutte le condizioni? L'atto è valido, " perfettamente valido. Mancano in tutto od in parte? " L'effetto, l'obbligazione, il diritto non nasce; la *nullità* " dell'effetto che si voleva, e non fu prodotto per difetto " di una qualunque di quelle condizioni, di cui si richie- " deva il completo concorso, *è sempre anch'essa una nullità* " *assoluta*. Per me vedo tutta la sostanza della cosa di cui " si tratta, racchiudersi in questo principio ". E l'autore, per dimostrare più chiaramente le sue idee, istituiva un confronto tra una promessa di vendita accettata senz'assumere l'obbligazione reciproca di comprare, e la promessa reciproca di vendere e comprare stipulata tra un maggiore di età ed un minore; e diceva, che come nel primo caso vi ha contratto perfetto e valido, ma produttivo di obbligazione a carico del solo promettente la vendita, così nel secondo " l'obbligazione assunta dal maggiorenne è per- " fettamente valida, il minorenne, civilmente incapace di " obbligarsi da se solo, *se ne rimane libero di diritto; nulla* " *obbligazione* a comprare la cosa resta da lui civilmente

" contratta..... L'obbligazione di una parte, la facoltà " acquistata, e la libertà propria conservata dall'altra, " sono obbligazioni, facoltà, libertà in suo genere perfette " ed assolute " (1).

L'autore proseguiva poi svolgendo ampiamente queste sue idee in rapporto alla *conferma*, con cui possono sanarsi le nullità; intorno al quale argomento ci riserbiamo di dire qualche parola appresso, esaminando le conseguenze derivanti dalla distinzione tra inesistenza giuridica e semplice nullità degli atti; senza per altro ripromettersi di seguire in tutte le varie sue parti la vasta argomentazione del *Pescatore*. Frattanto, da ciò che abbiamo riferito ci sembra emergere chiaramente questo pensiero fondamentale concepito dall'illustre giurista; che parificando completamente ad ogni specie di nullità degli atti quella che nella dottrina moderna si suol designare colla denominazione d'*inesistenza giuridica* di essi, sia da reputarsi, non già che questa debba limitarsi ai caratteri ed agli effetti d'una semplice annullabilità, ma invece che gli atti tutti rescindibili, o annullabili siano da riguardarsi come non aventi fin dalla loro origine alcuna esistenza in diritto. Nella quale idea sembra convenire in fondo teoricamente anche il *Giorgi;* poichè, mentre, contrariamente al *Pescatore*, opina che il codice italiano abbia indubbiamente mantenuta la distinzione fra *obbligazioni nulle radicalmente*, ovvero *inesistenti*, da una parte, e dall'altra *obbligazioni annullabili* o *rescindibili*, ovvero *invalide;* soggiunge poi che *resta a vedere se tale distinzione può essere approvata dalla scienza;* che *il metodo del legislatore non resta al coperto da ogni censura;* che questa però *colpirebbe la teoria tutta quanta dei vizi di consenso e della incapacità;* e che " sarebbe stato più espediente e conforme al voto della " scienza *il ravvisare una causa di nullità assoluta anche* " *nei vizi di consenso e nel difetto di capacità legale;* e messa

(1) V. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Capo XXXII, p. 227-229.

“ da banda ogni sottile distinzione, temperare l'esercizio
“ dell'azione di nullità contro gli effetti del contratto ese-
“ guito, restringendola entro un breve termine, e renden-
“ dola inefficace a danno dei terzi „ (1). Confessiamo, quanto a noi, di dubitare assai se il legislatore avrebbe veramente reso omaggio ai principii scientifici colla innovazione di cui si parla. Ammettendo potersi impugnare un contratto per vizi del consenso, che questo non distruggano, ma lo rendano solo imperfetto, era naturale lasciar giudice la parte stessa della influenza, che nella determinazione della sua volontà abbiano avuto l'errore in cui sia incorsa, la violenza che le sia stata inferita, il dolo che sia stato praticato in suo danno, e limitarsi quindi ad aprire in favore di lei un'*azione di nullità*. Nello stabilire le cause d'incapacità civile, e la conseguente nullità degli atti compiuti dalle persone incapaci, è alla protezione di queste, che il legislatore intende; ed è quindi naturale ancora che ad esse sole sia attribuita un'azione per far annullare quegli atti, qualora li reputino dannosi per loro. Trasmutare i vizi del consenso e il difetto di capacità legale in *cause di nullità assolute*, proponibile da qualunque interessato, ci parrebbe quindi un procedere in aperta opposizione allo scopo propostosi dal legislatore. Non comprendiamo d'altra parte come l'egregio scrittore, il quale per *nullità assoluta* intende l'*inesistenza dell'atto per totale difetto di consenso*, abbia poi potuto suggerire di *temperare l'esercizio dell' azione di nullità, restringendola entro un breve termine*; perchè, dato che l'atto in cui fosse viziato il consenso d'una delle parti, od in cui avesse prestato il consenso una persona civilmente incapace, fosse da riguardarsi *come non avvenuto in diritto*, diverrebbe inconcepibile l'azione stessa di nullità, e tanto meno questa potrebb'essere coperta per prescrizione, non potendosi agire per fare annullare ciò che non esiste, nè dargli vita per semplice decorso di tempo.

---

(2) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 143, 144, p. 217-219.

Ma, comunque sia di questa ipotetica riforma legislativa, veniamo ad un breve esame degli argomenti addotti dall'altro autore sopra citato per escludere la distinzione tra la inesistenza giuridica e la semplice nullità od annullabilità degli atti.

Un atto — egli diceva — non può essere che *perfettamente valido*, se vi si riscontrano tutte le condizioni necessarie per natura e per legge acciocchè consegua il suo scopo, od al contrario *assolutamente nullo* se qualcuna di quelle condizioni non sussista. Però in questa alternativa tra l'essere o il non essere è trascurata un'ipotesi intermedia, di cui pure non può negarsi la possibilità; cioè che ad un atto non manchi assolutamente nessuna delle condizioni indispensabili pei principii generali, o per diritto positivo, a dargli vita, ma qualcuno di quei requisiti si verifichi in un modo imperfetto, talchè non sia giusto considerare l'atto nè come completamente valido, e quindi irrepugnabile, nè come non avvenuto; ma come soggetto ad essere annullato ad istanza degli aventi interesse, qualora questi rilevino le imperfezioni dell'atto, e vogliano giovarsene onde evitarne gli effetti. Ed è appunto questa la base della distinzione tra gli atti apparenti, ma che non hanno una vera esistenza giuridica, e gli atti nulli od annullabili.

L'esempio, che l'illustre giureconsulto proponeva per dimostrare la sua teoria, mettendo a raffronto ed assimilando i casi d'una promessa unilaterale di vendita, e d'una promessa bilaterale, in cui però chi promette di comprare sia una persona civilmente incapace, serve anzi a provare precisamente il contrario dell'assunto dell'autore. Colui, che accetta la promessa altrui di vendere, ma non promette di comprare, stipula un diritto, senz'assumere alcuna obbligazione. Ma colui che promette reciprocamente di comprare, essendo però minorenne, assume un'obbligazione, che ha effetti anche civili, salvo che la legge gli concede un'azione per farla annullare, se ciò egli

reputi di proprio interesse. Il *Pescatore* diceva che " l'ob-
" bligazione assunta dal maggiorenne è perfettamente
" valida; ma il minorenne civilmente incapace di obbli-
" garsi da se solo, *se ne rimane libero di diritto; nulla obbli-*
" *gazione a comprare la cosa resta da lui civilmente con-*
" *tratta* „. Or tutto questo è inesatto. Non è vero che il minorenne, che ha promesso di comprare, resti *libero di diritto;* tanto non lo è, che abbisogna di esercitare l'azione di nullità concessagli dalla legge per farsi sciogliere dall'obbligazione assunta. Non è vero che *civilmente non abbia contratta alcuna obbligazione;* tanto che può essere chiamato giudizialmente ad adempiere la fatta promessa, e solo può difendersi colla eccezione di nullità. Se non avesse contratta obbligazione civile, non potrebb'esservi azione esperibile contro di lui, perchè per le obbligazioni semplicemente *naturali* la legge non accorda azione. Non è vero neppure che l'*obbligazione assunta dal maggiorenne* sia da considerarsi come *perfettamente valida;* perchè, se il minorenne farà annullare la convenzione, con cui promise di comprare, cadrà insieme l'obbligazione di vendere contratta dal maggiorenne, trattandosi di contratto bilaterale, in cui ciò che forma oggetto di obbligazione per una delle parti contraenti costituisce la causa di obbligazione dell'altra parte, nè può sussistere un'obbligazione di cui manchi la causa. Chi volesse un'altra prova del principio che l'obbligazione assunta da persona civilmente incapace non può dirsi radicalmente invalida, come il *Pescatore* insegnava, ma è produttiva di effetti anche civili per l'incapace medesimo, salvo che a lui è concessa dalla legge un'azione per poterla far annullare, la troverebbe in ciò, che se l'incapace non eserciti l'azione di nullità entro cinque anni dal giorno in cui sia giunto a stato di capacità, l'obbligazione da lui contratta rimane definitivamente convalidata. Sarebbe mai possibile questo, se si trattasse di obbligazione radicalmente nulla? Il decorso del tempo potrebbe mai avere la virtù di creare un'obbligazione non

esistente? Colui che avesse semplicemente accettata una promessa unilaterale altrui di vendere (per seguire lo stesso esempio proposto dall'autore) potrebbe forse divenire obbligato a comprare, per ciò solo che fosse trascorso un quinquennio, od anche maggior tempo dopo tale atto di accettazione?

Crederemmo superfluo l'insistere ulteriormente per dimostrare, che non la teoria secondo la quale s'insegna a distinguere l'inesistenza giuridica dalla semplice nullità od annullabilità degli atti, ma quella che vorrebbe pareggiarli tutti, per ogni caso di mancanza od imperfezione di qualche requisito prescritto dalla legge per la loro piena validità, si allontana dai veri principii di diritto.

Resta di esaminare la questione sotto l'aspetto del diritto positivo. E intorno a ciò è notevole una novità, che si riscontra nel codice italiano a confronto del francese: il quale aveva nell'articolo 1117 una disposizione espressa così: " La convenzione contratta per errore, violenza o " dolo, *non è nulla ipso jure; essa* dà luogo soltanto ad " *agire per la nullità o la rescissione nei casi e modi* " *espressi*, ecc. „. Lo stesso era ripetuto in alcuni codici d'Italia (art. 1071 cod. D. S., — 1204 cod. Alb., — 1156 cod. Est.). Ad alcuni interpreti del codice francese quella disposizione parve una consacrazione espressa della distinzione tra l'inesistenza giuridica e l'annullabilità degli atti; ma non essendo essa stata riprodotta nel codice italiano, il *Pescatore* ne trasse argomento in favore della sua tesi. Il codice italiano — egli osserva — " sopprime l'ar- " ticolo, che nel codice francese sanciva formalmente la " distinzione tra i contratti nulli di pien diritto e quelli " soltanto annullabili coll'azione di nullità limitata ad un " certo tempo; esso infatti riproduce la sostanza degli " articoli 1108-1116 della legge francese, fermandosi pre- " cisamente all'articolo 1117 *exclusive* „ (1).

(1) V. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Capo XXXV, p. 243-244.

Ma su questo punto risponde, a nostro avviso, assai bene il *Giorgi*; il quale, come già osservammo, pur non approvando teoricamente la distinzione tra inesistenza giuridica ed annullabilità degli atti, la riconosce però consacrata dai testi della legislazione civile vigente. Ecco le sue parole:

" Che cosa fa il legislatore italiano? Sopprime sì la " enunciazione dottrinaria (art. 1117 cod. Nap.) della " distinzione tra obbligazioni insussistenti e obbligazioni " invalide; ma negli articoli 1107, 1108 a 1115, 1038, " 1048, 1529 e seguenti del codice civile presuppone " obbligazioni invalide molto differenti dalle obbligazioni " giuridicamente inesistenti, e designa i vizi che rendono " invalida, o, per dirlo con altra parola, rescindibile una " obbligazione. Negli articoli poi 1300 a 1311, parlando " dei modi con cui si estinguono le obbligazioni, determina " le condizioni e gli effetti dell'azione rescissoria, ne ab- " brevia i termini, equipara minori a maggiori nel rimedio " della lesione; ma lascia intatta la regola, che permette " talvolta la fideiussione (art. 1899 cod. civ.) e più gene- " ralmente la conferma delle obbligazioni invalide (arti- " colo 1309 cod. civ.). Anzi ricollega le disposizioni sulla " conferma a quelle sull'azione rescissoria, e tratta dell'una " e dell'altra materia in una stessa sezione, mettendo in " rilievo la corrispondenza giuridica, che di regola passa " tra obbligazione rescindibile e obbligazione confermabile. " Non vi è dunque alcun dubbio. Il codice italiano ha " mantenuta la distinzione „ (1).

È detto egregiamente: non riproducendo l'articolo 1117 del codice francese, il legislatore italiano ha inteso unicamente di sopprimere una enunciazione dottrinaria, che gli parve fuor di luogo in un'opera essenzialmente ed esclusivamente pratica, quale era il codice, alla cui formazione intendeva. E d'altra parte una simile dichiarazione, di

---

(1) V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. VIII, n. 143, p. 216, 217.

pura teoria, sarebbe anche stata superflua; poichè non poche altre disposizioni s'iscrivevano nel codice, atte a dimostrare manifesto il proposito del legislatore di non confondere l'inesistenza giuridica degli atti colla loro nullità od annullabilità.

L'annullamento o la rescissione degli atti o dei contratti è considerato come uno dei *modi con cui si estinguono le obbligazioni* (art. 1236, 1300 e seg. cod. civ.). Ora il parlare di *estinzione delle obbligazioni* presuppone che queste preesistano giuridicamente, essendo inconcepibile che si estingua ciò che non abbia mai esistito. Se il contratto, in cui sia viziato il consenso d'una delle parti, per errore, violenza o dolo, o in cui sia stata contraente una persona civilmente incapace — un minore, un interdetto, un inabilitato, una donna maritata — fosse da considerarsi *come non mai avvenuto*, al par di quando mancasse affatto il consenso, o questo fosse stato prestato materialmente da chi ne fosse incapace naturalmente, sarebbe un'assurdità il dire che mediante l'esercizio dell'azione di nullità o di rescissione, conceduta dalla legge all'incapace, od al contraente di cui fu viziato il consenso, egli estinguesse una propria obbligazione. All'opposto, essendo in questi casi produttivo di effetti civili il contratto, anche per chi vi prestò un consenso imperfetto, o trovandosi in istato d'incapacità civile, salvo il poter egli distruggere retroattivamente codesti effetti promuovendo l'azione di nullità o di rescissione, che gli è attribuita, si comprende come si possa dire che in conseguenza dell'annullamento o della rescissione si estinguono obbligazioni.

L'articolo 1119 dichiara che: " L'obbligazione senza " causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita *non* " *può avere alcun effetto* ". Ciò corrisponde alla più precisa definizione dell'atto inesistente giuridicamente, che fin dalla sua origine è completamente inefficace, non è suscettibile di produrre verun effetto civile.

L'articolo 1310 proclama insanabili con qualsiasi atto

confermativo i vizi di un atto *nullo in modo assoluto* per difetto di formalità. Si è voluto far risultare la differenza dalle nullità semplici; e però si sono aggiunte quelle parole *in modo assoluto;* le quali, nel linguaggio non ancora ben determinato in questa teorica, che va lentamente assicurandosi l'accettazione universale, sono state destinate a significare lo stesso concetto, che più comunemente si esprime colle altre parole, *inesistenza giuridica.* Infatti un atto, pel quale una determinata formalità sia richiesta dalla legge *ad essenza*, non può in mancanza di essa aver vita in diritto, nè produrre alcun effetto civile; non è solamente annullabile, o nullo di nullità, sia pure, *assoluta*, proponibile da qualunque interessato, ma *è come non avvenuto.* È questo che il legislatore volle significare con quella espressione, *atto nullo in modo assoluto.* Ed è perciò che la legge esclude, relativamente a tali atti, ogni possibilità di *conferma.* È della essenza di questa di riparare ai vizi dei quali si trovi infetta una obbligazione, togliendo al debitore i mezzi di nullità o di rescissione, con cui avrebbe potuto impugnarla, e rendendola inattaccabile come se fin dall'origine fosse stata esente da qualunque imperfezione. La *conferma*, pertanto, presuppone una obbligazione, sebbene l'atto costitutivo di essa abbia qualche vizio, che lo renda annullabile o rescindibile; ma non può creare una obbligazione che non preesista affatto: *Confirmatio nihil dat novi.* Quindi un atto inesistente non può essere suscettibile di conferma. Applicando questo principio agli *atti nulli in modo assoluto per difetto di formalità*, l'art. 1310 è venuto dunque a riconoscere la distinzione tra l'*inesistenza giuridica* e la semplice *nullità od annullabilità degli atti.* Il corrispondente articolo 1339 del codice francese — che però parlava soltanto della *donazione fra vivi, nulla per le forme* — soggiungeva ch'essa *dovesse necessariamente essere fatta di nuovo nelle forme legali.* Ciò non è stato espresso nell'art. 1310 del codice nostro, che opportunamente ha estesa la regola di esclu-

sione della conferma per tutti gli atti *nulli in modo assoluto per difetto di formalità*; ma non vi era bisogno di dire che un atto, la cui nullità non è sanabile colla conferma, non potrebbe acquistare efficacia in altro modo che coll'essere rifatto nelle forme legali. Ciò riafferma un'altra volta la distinzione tra inesistenza giuridica e nullità; giacchè non potrebb'esservi la necessità di rifar l'atto *ex novo*, se già esistesse giuridicamente.

Vi è veramente anche qualche testo nel codice, che potrebbe dar luogo a dubitare se veramente il nostro legislatore abbia inteso di adottare la predetta distinzione. L'articolo 1104 parla dei *requisiti essenziali per la validità di un contratto*, nella quale espressione potrebbesi ravvisare una certa contraddizione; perchè dicendosi *essenziali* quei requisiti, parrebbe doversi intendere che in mancanza di essi il contratto non potesse avere vita ed effetti giuridici, mentre soggiungendosi che quei requisiti sono necessari *per la validità* del contratto, sembrerebbe che il loro difetto dovesse cagionare soltanto l'annullabilità di esso. Difatti, poi, tra questi *requisiti* è annoverata prima la *capacità di contrattare*, mentre se la incapacità sia dipendente dal diritto positivo — come pei minori, per gl'interdetti, per gl'inabilitati, per le donne maritate — dà luogo unicamente ad un'*azione di nullità relativa*, con cui l'incapace, o chi per lui, può impugnare il contratto, il quale però intanto non può dirsi che non abbia alcun effetto, che sia inesistente giuridicamente. Come altro dei predetti requisiti è indicato il *consenso valido dei contraenti*; e questa disposizione è completata dall'altra dell'art. 1108, dove è detto che “ il consenso “ *non è valido* se fu dato per errore, estorto con violenza, “ o carpito con dolo „. Ora, l'errore, la violenza, il dolo, viziano bensì il consenso, e danno luogo ad un'*azione di nullità relativa* in favore di colui che abbia prestato questo consenso imperfetto (art. 1300 cod. civ.), ma non possono far considerare il contratto come non avvenuto,

mentre anzi esso produce tutti i suoi effetti ordinari, non altrimenti che se fosse pienamente valido, infino a quando l'azione non sia stata proposta dalla persona a cui spetta, e la nullità non sia stata pronunciata dall'autorità giudiziaria. Come altri requisiti necessari per la validità dei contratti si enumerano da ultimo nel citato articolo, *un oggetto determinato, che possa essere materia di convenzione*, ed *una causa lecita per obbligarsi*; in riguardo ai quali non può dubitarsi che la loro mancanza debba far considerare veramente *come non avvenuto* il contratto; e l'art. 1119 lo riconosce espressamente, come già osservammo, dichiarando che " l'obbligazione senza causa, o " fondata sopra una causa falsa od illecita, *non può avere* " *alcun effetto* ". È innegabile dunque che nell'art. 1104 si trovano confuse nell'identica qualificazione di *requisiti essenziali per la validità dei contratti* alcune cause di vera inesistenza giuridica, ed altre di semplice annullabilità di essi. Ciò per altro dipende da quella incertezza ed imprecisione di linguaggio, che notammo verificarsi in ciò che riguarda questa teoria, non ancora abbastanza penetrata nella convinzione di tutti i giuristi. Un'altra di queste discordanze di terminologia può pure riscontrarsi nell'articolo 1461, dove contemplando il caso che al tempo del contratto la cosa formante oggetto di vendita sia intieramente perita, si dichiara che la vendita stessa *è nulla*. Eppure questa parola non può intendersi certamente qui in altro senso che di una vera inesistenza giuridica del contratto, il quale non può assolutamente aver vita, nè produrre effetto alcuno, mancando l'oggetto di obbligazione pel venditore, la causa d'obbligazione pel compratore; sicchè l'espressione usata in questo articolo 1461 riceve spiegazione da ciò che è detto nell'articolo 1119, *non potere, cioè, avere alcun effetto* l'obbligazione di cui manchi la causa.

Da tutto ciò crediamo dunque potersi conchiudere, che il legislatore nostro ha ritenuto il concetto che debbansi

tenere distinti gli atti mancanti assolutamente di esistenza giuridica, da quelli che siano soltanto nulli od annullabili: sebbene le espressioni letterali dei testi non sempre si trovino esattamente conformi a quel principio.

98. L'applicazione della teoria, che abbiamo svolta sin qui, ad alcune delle principali materie di diritto civile, servirà forse a rendere sempre più chiara la teoria stessa, ed a dimostrare la importanza che può avere anche in pratica.

Il codice italiano non ha, come non aveva il francese, norme generali che regolino la materia delle nullità per tutti i casi. Quanto ai testamenti, vi è una disposizione la quale enumera tutte le formalità che in essi debbono osservarsi sotto pena di nullità (art. 804 cod. civ.). Quanto al matrimonio, vi è un complesso di disposizioni, comprese in un Capo a parte, colle quali sono disciplinate le *domande per nullità di matrimonio* (art. 104-106 cod. civ.) determinando le persone da cui queste domande possono esser promosse, il tempo entro il quale devono essere esercitate le azioni corrispondenti, e le eccezioni ad esse opponibili. E si comprende che il legislatore abbia dovuto regolare tutto ciò con disposizioni particolari; trattandosi d'una materia, di cui la natura tutta speciale, l'importanza gravissima, e la stretta attinenza all'ordine stesso della società, non permettevano di lasciarla soggetta alle sole norme comuni. Per ogni altro atto o contratto non si trovano che disposizioni sparse nel codice, dichiaranti in certi casi la nullità; ma nessuna norma generale, e tanto meno un coordinamento sistematico di principii applicabili a tutte le nullità.

Qualche interprete del codice francese ha sostenuto che dalle disposizioni di esso non possa ricavarsi, nemmeno relativamente alle domande per nullità di matrimonio, una teoria speciale, di cui le regole dettate dal legislatore siano il prodotto logico e razionale, e ne ha conchiuso

" non potersi adottare alcun sistema esclusivo, nè dedurne, " senz' alcuna concessione, tutte le conseguenze „ (1). Non è qui il luogo d'indagare quanto possa esservi di vero in tale affermazione, e se questa sia parimente fondata rispetto al codice italiano. È certo però che il sistema da esso stabilito in questa materia, sia poi perfetto ed esclusivo o non lo sia, riguarda, come dice espressamente l'intitolazione di questo Capo, *le domande per nullità di matrimonio;* vale a dire le nullità od annullabilità vere e proprie, di cui non si attuano le conseguenze, se non in virtù delle congrue azioni esercitate dalle persone alle quali la legge le attribuisce; e che lasciano produrre al matrimonio, ancorchè nullo, tutti i suoi effetti civili finchè la nullità non ne sia stata pronunciata dall'autorità giudiziaria competente. Leggendo tutti i singoli articoli, che formano questo Capo, è ovvio infatti com'essi parlino sempre d'*impugnabilità del matrimonio*, di *domande* o di *azione di nullità;* ond'è manifesto che si riferiscono al matrimonio annullabile, ma che rimane efficace finchè la nullità non sia pronunciata; non già ad un matrimonio, che non ostante qualche apparenza, o la esistenza di fatto, non abbia potuto sussistere giuridicamente, nè produrre effetti. Nè ciò è solo per le espressioni letterali di quelle disposizioni, ma pel loro contenuto; giacchè tutti i casi che vi si trovano figurati sono di matrimoni imperfetti per qualche vizio, che può renderli appunto impugnabili; ma non ve n'è alcuno d'un matrimonio a cui manchi qualche condizione essenziale per la sua formazione; talchè possa dirsi che in diritto esso debba essere riguardato come non avvenuto, nè sia suscettibile di produrre alcun effetto civile.

Gli autori, che trattano di questa materia delle nullità del matrimonio, applicando anche relativamente ad essa la distinzione tra l'inesistenza giuridica e la semplice nullità

---

(1) V. Demolombe, t. III, n. 238.

od annullabilità degli atti in generale, si accordano nel ritenere che siano condizioni essenziali, dalla cui mancanza derivi l'inesistenza giuridica del matrimonio; 1° la differenza di sesso; 2° la capacità naturale delle parti contraenti; 3° il loro consenso; 4° la celebrazione solenne dell'unione coniugale. Vi è solamente un dissenso su quest'ultimo requisito, intorno allo stabilire se basti per l'esistenza giuridica del matrimonio la manifestazione del consenso degli sposi davanti un uffiziale dello stato civile, o se sia inoltre indispensabile che questi abbia pronunciata colle forme di legge l'unione matrimoniale; ma di tale questione non è il caso di occuparci ora (1).

Ben s'intende che della prima delle accennate condizioni sarebbe stato superfluo tener parola nel testo del codice; ma neppure alle altre esso accenna. Solo si occupa delle cause d'incapacità civile a contrarre matrimonio, dei vizi di violenza o di errore, che rendano imperfetto il consenso prestato dagli sposi, della incompetenza dell'uffiziale di stato civile dinanzi a cui sia seguita la celebrazione, e della mancanza dei testimoni, di cui la legge richiede la presenza (art. 104, 105 cod. civ.); cause tutte che rendono impugnabile il matrimonio, talora per nullità assoluta, proponibile da qualunque interessato — come nei casi d'incapacità civile d'uno degli sposi, d'incompetenza dell'uffiziale di stato civile, di mancata presenza dei testimoni — tal altra per nullità *relativa*, cioè nel caso di consenso non libero o di errore nella persona, non potendo allora essere impugnato il matrimonio che *da quello degli sposi, del quale non fu libero il consenso, o che fu indotto in errore* (art. 105 cod. civ.). Ma di assoluta mancanza di consenso, d'incapacità naturale a prestarlo, di matrimonio non contratto davanti alcun ufficiale dello stato civile non è detta parola. Potrebbesi forse argomentare da ciò

(1) V. Zachariæ, t. II, § 450; Aubry e Rau, t. V, § 450; Demolombe, t. III, n. 242; Laurent, t. II, n. 271-273.

che in codesti casi il matrimonio fosse da riguardarsi come valido? L'assurdità di tale proposizione sarebbe troppo evidente per aver bisogno di combatterla. E quale è dunque la conseguenza da doversene dedurre? Unicamente ed incontestabilmente questa: che il diritto positivo si è occupato esclusivamente delle cause di annullabilità, od anche di nullità vera e propria del matrimonio, ma ha taciuto di quelle da cui derivi l'inesistenza giuridica di esso, abbandonandole completamente all'applicazione dei principii generali di diritto. E ciò conferma, a nostro modo di vedere, la teorica della distinzione predetta; perchè, se il legislatore italiano non avesse inteso di adottarla, se avesse voluto pareggiare — seguendo la dottrina del *Pescatore* — tutte le varie cause di nullità, intesa questa parola nel senso più generale, non avrebbe poi potuto ommettere di comprendere tra esse anche la mancanza di consenso, l'incapacità naturale degli sposi, la celebrazione non fatta davanti un ufficiale dello stato civile, dappoichè si proponeva di disciplinare con un sistema completo di disposizioni tutte le domande per nullità di matrimonio.

Il codice francese (art. 146), e ad imitazione sua, quello pel regno delle due Sicilie (art. 153), avevano una disposizione espressa pel caso di mancanza di consenso degli sposi, e dicevano: " Non vi è matrimonio, quando non vi è " consenso ". Presa alla lettera, questa disposizione poteva considerarsi come una dichiarazione manifesta della inesistenza giuridica del matrimonio in tale caso. Non dicevasi infatti che mancando il consenso il matrimonio fosse *nullo*, ma che *non vi era matrimonio*; concetto che corrispondeva esattamente a quello appunto della *inesistenza giuridica*. Qualche autore faceva però osservare, che sebbene il testo del predetto articolo 146 del codice francese apparisse decisivo, se si ricorreva alle discussioni che ne precedettero l'adottamento, vi si trovava di che confondere anzichè chiarire le idee, al punto da rimaner dubbia la vera intenzione del legislatore, e da non sapersi più ben

determinare ciò ch'esso avesse voluto: ma conchiudeva in ultimo, che al testo per sè chiarissimo bisognava attenersi, più che alle idee arguibili della discussione (1). Nel codice italiano non fu riprodotta una disposizione simile. Tuttavia reputeremmo erroneo l'argomentare da ciò che il legislatore nostro avesse inteso di escludere l'idea della inesistenza giuridica del matrimonio in caso di mancanza assoluta del consenso degli sposi. Il fatto di quella ommissione si spiega abbastanza con ragionevoli motivi, per non essere costretti ad attribuire al legislatore un proposito che non potrebb'essere approvato secondo i principii generali di diritto. Questi bastano per se soli a stabilire colla massima sicurezza ed evidenza, che se non vi è consenso, non può esistere giuridicamente un matrimonio; nè all'atto, che pur ne abbia una qualsiasi apparenza, è mai possibile attribuire veruno effetto legale. Non era necessaria perciò una dichiarazione espressa del legislatore; la quale d'altronde sarebbe stata in disarmonia col proposito, ch'esso aveva formato, di regolare con apposite disposizioni le cause di semplice nullità od annullabilità, ma lasciar soggette all'applicazione dei soli principii generali quelle di vera inesistenza giuridica del matrimonio. E tale proposito era giustificato da efficacissime ragioni. Perciocchè, se in materia di matrimonio era opportuno, per interesse anche pubblico, di sottoporre a regole speciali le cause di nullità o di annullabilità di esso, determinando le persone da cui potessero esser proposte le relative azioni, i termini entro cui queste dovessero essere esercitate, le eccezioni colle quali fosse dato di respingerle, i mezzi con cui le nullità potessero venir coperte, a nulla di tutto ciò sarebbesi invece potuto dar luogo in riguardo alle cause d'inesistenza giuridica. Le quali, nè sono suscettibili di alcuna limitazione quanto alle persone che possano farle valere, od al tempo entro cui debbano esser proposte — perchè a

(1) V. Laurent, t. II, n. 277, 278.

tutti e sempre dev'essere aperta la via per rimuovere qualunque effetto che vogliasi attribuire ad un atto il quale non abbia potuto produrne alcuno, essendo la sua esistenza apparente soltanto, e di fatto, non di diritto — nè possono lasciar luogo ad eccezioni che le distruggano, od a mezzi che le sanino, perchè non è concepibile mai che per qualsiasi mezzo si faccia sorgere qualche cosa dal nulla.

D'altro lato, se il legislatore avesse reputato opportuno d'imitare il codice francese dichiarando espressamente che “*non vi è matrimonio, quando non vi è consenso*„ non vi sarebbe stata ragione per non proclamare ugualmente l'inesistenza giuridica del matrimonio per incapacità naturale a consentire, d'uno degli sposi, o perchè la celebrazione non fosse avvenuta dinanzi ad un ufficiale dello stato civile. Il non essere stata ripetuta quella disposizione non autorizza dunque a trarne conseguenza alcuna; e tutto induce a ritenere che il legislatore italiano abbia voluto limitare le sue disposizioni a regolare le semplici nullità od annullabilità del matrimonio, lasciando tutti i casi di completa inesistenza giuridica di esso sotto il solo impero dei principii generali di diritto; ciò che, come dicemmo, riafferma anche in questa materia la distinzione generale tra l'inesistenza giuridica e la semplice nullità od annullabilità degli atti, anzichè contraddirla.

Del resto, nelle citate disposizioni degli articoli 104 e seguenti si trova pure — se non erriamo — dimostrata la verità delle distinzioni, che prima d'ora accennammo, tra l'annullabilità, la nullità relativa, e la nullità assoluta; non che della massima che nessuno dei casi di annullabilità o nullità, neppur quando si tratti di nullità assoluta e d'ordine pubblico, può mai confondersi con quelli d'inesistenza giuridica. Secondo l'art. 105 “il matrimonio *può* “essere impugnato da quello degli sposi, del quale non “sia stato libero il consenso„ o che sia stato indotto in un errore cadente nella persona dell'altro sposo. È una

nullità relativa, per la quale però la legge si limita soltanto ad aprire contro l'atto del matrimonio un'azione, deferita esclusivamente a quello sposo; il quale se non si determina ad esercitarla, lascia che il matrimonio continui a produrre tutti i suoi effetti civili al par di quello che sia perfettamente valido. È il caso di una vera e *semplice annullabilità*, secondo ciò che dimostrammo nel numero precedente. Nè occorre di più, per stabilire la differenza tra questo matrimonio semplicemente *annullabile* ad istanza dello sposo, che subì la violenza od incorse nell'errore, ed il matrimonio *inesistente giuridicamente;* il quale fin dalla sua origine è necessariamente improduttivo di qualunque effetto civile. Una riprova se ne avrebbe, qualora abbisognasse, dal successivo articolo 106, che dichiara *non più ammissibile la domanda di nullità* " se vi fu coabitazione " continuata per un mese dopo che lo sposo ha riacqui- " stata la sua piena libertà o conosciuto l'errore „. Una brevissima durata di convivenza basta dunque a sanare quest'annullabilità, e mantenere al matrimonio — quantunque sia viziato il consenso prestato da uno degli sposi — la pienezza degli effetti civili; mentre un simile fatto non potrebbe certamente mai dar vita ad un matrimonio che mancasse degli elementi essenziali per la sua esistenza giuridica.

Gli articoli 63, 64, 65, 66 vietano ai minori di ventuno o di venticinque anni, secondo i casi, di contrarre il matrimonio senza il consenso di certe persone, alla cui autorità sono soggetti; e queste disposizioni, espressamente *proibitive*, sono poi completate dall'art. 108, ove è stabilito che in caso di contravvenzione ad esse " il matrimonio può " essere impugnato dalle persone delle quali era richiesto " il consenso, o da quello degli sposi a cui il consenso era " necessario „.

Parimente una disposizione proibitiva nell'art. 61 stabilisce un impedimento al matrimonio per chi sia stato interdetto per infermità di mente; e questa disposizione pure

è completata dall'altro articolo 112, in cui è dichiarato che in tal caso " il matrimonio *può essere* impugnato dal-" l'interdetto medesimo, dal suo tutore, dal consiglio di " famiglia e dal pubblico ministero ".

In questi casi non si tratta, come nel precedente, d'una semplice *annullabilità*, ma di *nullità vera e propria*, dichiarata direttamente dalla legge; non si tratta d'un matrimonio legalmente efficace, ma che per un vizio inerente al consenso prestato da uno degli sposi, possa ad istanza di questo esser fatto annullare; bensì di un matrimonio, che essendo stato contratto in contravvenzione a disposizioni proibitive di legge, dovrebb'essere per se stesso improduttivo di effetti legali, ed è infatti ritenuto nullo dalla legge medesima, salvochè essa limita a determinate persone la facoltà di esercitare l'azione per far riconoscere e dichiarare tale nullità, la quale perciò dicesi *relativa*. Anch'essa però differisce essenzialmente ed evidentemente dalla inesistenza giuridica degli atti; e basta ricordare in proposito l'avvertenza fatta nell'altro numero, che mentre gli atti inesistenti giuridicamente, quantunque esistenti di fatto, non sono mai suscettibili di alcun effetto legale, quelli invece che siano infetti di nullità relativa producono tutti gli effetti che sono propri della natura loro, infino a che sull'azione di nullità, promossa dalle persone a cui spetta, non abbia pronunciato l'autorità giudiziaria. Oltre a ciò, i testi stessi del codice porgono argomenti che raffermano in modo incontestabile la differenza tra questi matrimoni infetti di nullità relativa, e quelli che dovessero riguardarsi come assolutamente deficienti di vera esistenza giuridica.

L'articolo 109 dichiara sanabile la nullità del matrimonio contratto da persona, a cui era necessario il consenso altrui, e che non l'ha ottenuto, quando coloro il cui consenso era richiesto dalla legge, abbiano dopo approvato espressamente o tacitamente quel matrimonio, o quando siano trascorsi sei mesi senza richiamo. Se invece si trat-

tasse di matrimonio inesistente giuridicamente, sarebbe inconcepibile che una conferma espressa o tacita, o la decorrenza d'un termine, potesse dar vita ed efficacia legale ad un atto, che per difetto di requisiti essenziali non ne ha alcuna.

Il secondo paragrafo dell'articolo 112, concernente la nullità relativa del matrimonio contratto da un interdetto per infermità di mente, statuisce che " l'annullamento non " potrà più pronunziarsi, se l'abitazione continuò per tre " mesi dopo revocata l'interdizione ".

È una *conferma tacita*, colla quale la legge tassativamente ammette potersi sanare la nullità relativa del matrimonio contratto dall'interdetto giudizialmente. Anche qui dunque ritorna applicabile la stessa osservazione fatta sopra; che da nessuna conferma sarebbe mai possibile che venisse sanata la inesistenza giuridica d'un matrimonio.

Veniamo ora alle *nullità assolute*, contemplate nell'articolo 104; delle quali neppur si può porre in dubbio che non siano eziandio d'*ordine pubblico*, dappoichè riguardano lo stato delle persone. Quando un matrimonio sia stato contratto in contravvenzione agli articoli 55, 56, 58, 59, 60 e 62 del codice, *può essere impugnato* — secondo il citato articolo 104 — *da tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale*. Può essere impugnato; ma frattanto, finchè non lo sia, e finchè la sentenza di annullamento non abbia acquistata autorità di cosa giudicata, anche quel matrimonio — sebbene infetto d'una nullità assoluta e d'ordine pubblico — continua a produrre effetti legali, come se fosse valido; e ciò lo differenzia essenzialmente dal matrimonio che non abbia alcuna esistenza giuridica (1). Anche qui poi non mancano testi che raffermino chiaramente lo stesso principio.

Fra le cause di nullità assoluta accennate nel detto articolo 104 vi è anche quella d'essere stato contratto il

---

(1) V. Demolombe, t. III, n. 240.

matrimonio in contravvenzione all'articolo 55; cioè da persone, l'una o l'altra delle quali non avesse ancora compiuta l'età da questo articolo prefissa. Ora, gli articoli 110 e 111 stabiliscono poi le cause eccezionali, per cui tale matrimonio, sebbene *assolutamente nullo*, non può più essere impugnato, o da alcuna soltanto delle persone ordinariamente autorizzate ad esercitare l'azione di nullità, od anche da nessuna di esse. Cessa assolutamente, e per chiunque, d'essere impugnabile il matrimonio, quando quello degli sposi, che nell'atto di contrarlo non aveva ancora l'età richiesta dalla legge, l'abbia compiuta, e siano trascorsi dopo sei mesi, o quando la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta incinta (art. 110). Non è poi impugnabile quel matrimonio dagli ascendenti, nè dal consiglio di famiglia o di tutela, *qualora essi vi abbiano acconsentito* (art. 111).

Similmente è una nullità assoluta del matrimonio quella che dipende dalla *incompetenza dell'uffiziale di stato civile*, davanti a cui sia stato celebrato; ma, per ciò ch'è disposto nell'ultimo paragrafo dello stesso articolo 104 " decorso " un anno dalla celebrazione del matrimonio, *la domanda* " *di nullità per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile* " *non è più ammessa* ".

Ora, se il matrimonio fosse invece stato contratto da persona che per età fosse naturalmente incapace di consentire, o davanti a chi non fosse uffiziale dello stato civile, talchè il matrimonio stesso dovesse considerarsi come assolutamente inesistente in diritto, sarebbe certamente impossibile l'immaginare che per qualsiasi causa sopravvenuta, o per decorso di tempo, cessasse l'impugnabilità di quel matrimonio, o che alcuna delle persone aventi facoltà di dedurne l'inefficacia avesse a rimanerne esclusa; giacchè qualunque persona interessata deve sempre avere il diritto di rimuovere ogni effetto, che si pretenda di far derivare da ciò che non ebbe mai esistenza alcuna.

99. Passiamo ora ad altra materia fra le più importanti del diritto civile, quella cioè dei testamenti. Già accennammo in principio di questo numero alla disposizione dell'art. 804 del codice civile, la quale enumera le formalità, stabilite per le diverse specie di testamenti, che debbono osservarsi *sotto pena di nullità*. Inoltre, siccome il *testamento pubblico* dev'essere ricevuto da un notaio (art. 777 cod. civ.) e il *testamento segreto* dev'essere consegnato ad un notaio, che ne stenda *atto di ricevimento* (art. 783 cod. civ.), così debbono parimenti osservarvisi le forme comuni degli atti notarili, alcune delle quali sono pure prescritte *a pena di nullità* (art. 49, 51 della legge sul riordinamento del notariato, 25 maggio 1879, n. 4900, serie 2ª).

Che cosa dunque deve intendersi sotto quella espressione, *formalità da osservarsi sotto pena di nullità?* Il testamento, che ne manchi, dev'essere considerato come *inesistente in diritto*, o soltanto come *annullabile*, o come *nullo*, sia pure per *nullità assoluta e d'ordine pubblico?* Dottrina e giurisprudenza concordano generalmente a risolvere tale questione nel senso dell'assoluta *inesistenza giuridica* del testamento, in cui manchi qualcuna delle formalità prescritte (1). Un recente scrittore però ha fatto osservare, che l'accennato principio non darebbe luogo a dubbio in teoria pura, ma s'incontrano gravi difficoltà a trovarne un fondamento legale nei testi del codice; mentre pure — egli dice — “ come non può esservi nullità senza “ un testo da cui derivi, così, e per maggiore ragione, non “ si può ammettere che un atto sia inesistente senza che “ ciò risulti da un testo „. Soggiunge, che sebbene gli altri autori proclamino l'inesistenza giuridica dei testamenti, in cui non siano osservate le forme prescritte dalla legge, si mostrano poi incoerenti nel non ammettere tutte le conse-

---

(1) V. Merlin, *Rep.*, v° *Testament*, Sect., II, § 1, art. 4.; Zachariæ, t. III, § 664, n° 8°; Aubry e Rau, t. VII, § 664, n° 8°; Troplong, *Des donations entre-vifs et des testam.*, t. II, n. 1458, 1742; Demolombe, t. XXI, n. 24, 46.

guenze che logicamente dovrebbero derivare da questo principio (1).

Limitata la questione al campo puramente teorico, non potrebbesi invero contestare il buon fondamento dell'opinione generale, che il testamento, mancante delle forme richieste dalla legge *a pena di nullità*, sia da considerarsi come *inesistente in diritto*. " È la forma — disse il *Merlin* " — che dà l'essere al testamento, e ne costituisce " l'essenza ".

Il testamento è infatti un atto essenzialmente *solenne;* rispetto al quale la legge determina rigorosamente le forme in cui la volontà del disponente dev'essere manifestata al fine di guarentirne la perfetta libertà e lealtà. Così la forma s'immedesima qui in qualche modo coll'atto stesso di volontà che dev'esserne rivestito: talchè una manifestazione d'ultima volontà sotto forma diversa, deve considerarsi rimpetto alla legge, secondo lo spirito di essa, come non avvenuta. È uno di quei casi ai quali riesce applicabile con tutta verità la massima che " *forma dat esse rei* ".

Riferiremo a questo proposito le osservazioni egregiamente fatte dal *Laurent* nel luogo sopra citato:

" La donazione è un contratto solenne, e in tali con-
" tratti le formalità sono di essenza della convenzione, nel
" senso che il consentimento non espresso nelle forme di
" legge si reputa come non dato. È a dirsi altrettanto delle
" forme testamentarie? Esse pure hanno per fine di assi-
" curare la libera espressione dell'ultima volontà del testa-
" tore; e sono più importanti ed essenziali che le forme
" degli atti tra vivi. Spesso si fa testamento presso la
" morte, allorchè l'intelligenza e la volontà sono affievo-
" lite, mentre le donazioni si fanno tra vivi. D'altra parte,
" il testatore può essere aggirato dagl'intrighi di coloro
" che lo circondano, assai più facilmente del donante. Egli

---

(1) V. Laurent, t. XIII, n. 449-476.

" dispone di tutti i suoi beni, spogliandone i propri eredi
" legittimi, mentre il donante non dispone ordinariamente
" che di oggetti particolari, e se ne spoglia egli stesso,
" L'attaccamento, che naturalmente ha per ciò che pos-
" siede, è già per se stesso un freno sufficiente ad im-
" pedire liberalità sconsigliate „.

Tra i casi di mancanza delle forme richieste dalla legge pei testamenti, possono distinguersi tre ordini differenti, che importa mettere in rilievo. Può darsi che, mentre sono determinate tassativamente le forme nelle quali è permesso di testare, taluno abbia espresso la sua ultima volontà in una forma affatto diversa; o che sia stata impiegata una delle forme prescritte, ma lasciando inadempita qualcuna delle *speciali* disposizioni di legge ad essa relative; o che, trattandosi di *testamento per atto di notaio*, vi si trovi trasgredita soltanto qualcuna delle disposizioni *generali*, riguardanti le forme degli atti notarili, alle quali non è derogato pei testamenti dal codice civile.

La legge riconosce due sole forme ordinarie di testamento, l'olografo, e quello per atto di notaio; e questo non può essere che pubblico, o segreto (art. 774, 776 codice civile). Suppongasi dunque, che non verificandosi alcuno dei casi, nei quali è lecito testare nelle forme speciali stabilite dagli articoli 789 e seguenti, taluno abbia espressa la sua ultima volontà senza impiegarvi nessuna delle predette forme ordinarie; e per esempio abbia fatte le sue disposizioni in presenza di testimoni, o d'un ministro del culto, sia pure che tali disposizioni siano state messe in iscritto dai testimoni stessi, o dal ministro del culto a cui furono dichiarate. Per quanta credibilità potesse meritare quest'atto, esso però come testamento non avrebbe alcun effetto legale, dovrebbe riguardarsi come non avvenuto, sarebbe *inesistente giuridicamente;* perchè il testamento è un *atto solenne*, perchè le forme per esso prescritte dalla legge sono quindi richieste *ad essenza*, perchè conseguentemente la volontà

di chi dispone, quantunque accertata, ma manifestata in una forma diversa, non è riconosciuta dalla legge, non è assistita dall'autorità di essa, non può dunque avere alcun valore. Ciò non ammette dubbio.

Suppongasi ora che il testatore abbia veramente disposto in forma olografa, o pubblica, o segreta; ma per esempio nel testamento olografo manchi o sia imperfetta la data, o non vi sia stata apposta la sottoscrizione dal testatore, o qualche parte delle disposizioni sia stata scritta da altra mano; che il testamento pubblico sia stato ricevuto da un notaio in presenza di due soli testimoni, o la volontà del testatore non sia stata da lui dichiarata in presenza dei testimoni, o dopo ridotto in iscritto il testamento non ne sia stata data lettura al testatore in presenza dei testimoni; che il testamento segreto, scritto dal testatore, non sia stato da lui sottoscritto alla fine delle disposizioni, o scritto da altri non sia stato sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio, o sia stato consegnato al notaio non essendo presenti i testimoni. Tutte queste, che supponemmo inadempite, sono formalità richieste dalla legge *sotto pena di nullità* (art. 775, 777, 778, 782, 783 combinati coll'art. 804 del codice civile); e si dicono, e sono infatti, *azioni di nullità* quelle che ogni giorno si veggono promosse davanti ai tribunali, per far dichiarare invalidi, inefficaci simili atti testamentari, nei quali fu contravvenuto alle speciali disposizioni di legge riguardanti codeste forme. Se non che dalla dichiarazione di *nullità del documento* da cui per gli effetti legali dovrebbe risultare provata l'ultima volontà del disponente, deriva poi necessariamente l'*inesistenza giuridica delle disposizioni* stesse del testatore, non potendo esse manifestarsi legalmente in altra forma.

Suppongasi in fine — ed è il terzo caso avvertito sopra — che in un testamento pubblico o segreto siano state osservate le formalità speciali stabilite dal codice civile, ma ne sia rimasta inadempita qualcuna di quelle pre-

scritte per gli atti notarili in genere; per esempio manchi la data, o la indicazione del luogo, in cui l'atto fu ricevuto. Anche qui è nullo l'atto notarile, che dovrebbe far prova delle volontà del testatore; e l'oggetto immediato dell'azione, che potrà esser promossa in giudizio, consisterà appunto nella dichiarazione di tale nullità; ma dalla pronunciazione di questa deriverà necessariamente l'inesistenza giuridica delle disposizioni del testatore, perchè l'ultima volontà di lui non può rivelarsi legalmente, se non per un atto valido rivestito delle forme prescritte dalla legge.

Resta a vedersi se ciò che crediamo dimostrato, per le ragioni sovra espresse, in teoria, trovi poi appoggio nei testi del codice civile. Ed è intorno a ciò che all'illustre autore già sopra citato sono apparse le più gravi difficoltà; le quali però reputiamo rimosse, od almeno notevolmente scemate da qualche mutamento introdotto nel codice nostro, a confronto del francese.

Abbiamo riferita sopra una recisa proposizione del *Laurent:* “ Non vi è nullità senza testo; a maggior ragione è inammissibile, se manca un testo, che un atto sia inesistente „. Non crediamo, veramente, alla perfetta esattezza di quest' affermazione. Affinchè un atto, che contenga tutti gli elementi essenziali occorrenti per dargli vita legale, sia nondimeno colpito d' inefficacia, d'invalidità, per contravvenzione a qualche precetto o proibizione della legge, bisogna che il legislatore abbia voluto dare questa grave sanzione alle proprie disposizioni, ed è quindi necessario che la nullità sia determinata testualmente, od almeno virtualmente dalla legge stessa. Ma se un atto manca di qualche elemento essenziale alla sua formazione secondo i principii generali di diritto — per esempio, se ad un contratto non è stato prestato il consenso dalle parti — non è necessario un testo di legge per stabilire che quell'atto non può esistere in diritto.

Comunque sia, un testo — ritenendolo pure necessario — da cui risulti che un testamento viziato nella forma deve riguardarsi come inesistente giuridicamente, non manca nel codice nostro.

Il francese aveva una disposizione (art. 1339) in cui era detto che " Il donante non può sanare con verun atto " confermativo i vizi d'una donazione fra vivi, nulla per " le forme; deve essa necessariamente essere fatta di " nuovo colle forme legali ".

Gl'interpreti ponevano la questione, se lo stesso principio dovesse avere applicazione anche ai testamenti nulli per la forma; e si trovavano d'accordo nel risolverla affermativamente. Solo non convenivano completamente nell'assegnare i motivi di questa decisione; fondandola alcuni sulla considerazione che " l'ammettere che me- " diante un atto rivestito delle formalità prescritte pei " testamenti, si potessero confermare, senza riprodurle, le " disposizioni contenute in un testamento nullo per la " forma, sarebbe quanto ammettere che si possa testare " per semplice riferimento ad un atto anteriore, ciò che " non è sostenibile " (1); mentre altri si appoggiavano piuttosto sulla inesistenza giuridica del testamento anteriore nullo per la forma, osservando che " se esso non è " convalidabile mediante una conferma, egli è perchè le " forme hanno qui un carattere particolare, si attengono " alla sostanza dell'atto, talchè *senza di esse non vi è testa-* " *mento;* epperò non può esservi mezzo di confermare un " tale atto, stantechè confermarlo significa riparare ad un " vizio di cui si trova infetto, e qui vi è un vizio irrepa- " rabile, il nulla " (2). Reputiamo che quest'ultima sia la vera ragione di decidere; mentre nella prima ci sembra

---

(1) V. Duranton, t. IX, n. 12; Zachariæ, t. III, § 664, n° 8, n° 8; Aubry e Rau, t. VII, § 664, n° 8, n° 9.

(2) V. Merlin, *Rep.*, v° *Testament, Sect.*, II, § 1, art. IV, n. III; Troplong, *Don. et testam.*, t. III, n. 1458; Demolombe, t. XXI, n. 46, 47; Laurent, t. XII, n. 459, ss.

presupposto quello appunto che è in questione. Col ricorrere infatti al principio, che non è lecito testare mediante semplice riferimento ad un atto anteriore, che non sia testamento, si viene a ritenere senz'altro che l'anteriore dichiarazione d'ultima volontà, fatta in forma non legale, non possa considerarsi come testamento; e che la nuova disposizione, riferentesi alla precedente, debba quindi riguardarsi come un *testamento nuovo*, non come una conferma dell'anteriore. In fondo, però, amendue i sistemi coincidono nell'ammettere che il testamento anteriore, nullo per la forma, non abbia caratteri e valore legale di vero testamento, e come tale sia da ritenersi *inesistente giuridicamente*.

Ora, il legislatore italiano ha tradotto in disposizione espressa la teoria professata dai giureconsulti francesi, generalizzando la massima che nell'articolo 1339 di quel codice — stando alle parole in cui era espresso — sarebbe apparsa limitata alle sole donazioni; col dire invece che " Non si possono sanare con verun atto confermativo " i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di " formalità „ (art. 1310 cod. civ.). E che poi il legislatore stesso abbia inteso di comprendere anche i testamenti viziati nelle forme — secondo le disposizioni dell'articolo 804 — tra quegli atti *nulli in modo assoluto per difetto di formalità*, che non sono suscettibili di conferma, appare evidentissimo — se pure avesse potuto sorgerne dubbio — dall'altra disposizione del successivo art. 1311. Ivi è fatta una limitazione alla regola generale stabilita nell'articolo precedente; ammettendo che la conferma dell'atto nullo in modo assoluto per vizi di forma, mentre è esclusa rispetto all'autore dell'atto medesimo, sia però lecita agli eredi od aventi causa da lui. È una eccezione singolarissima, di cui gli autori cercano, ma non trovano facilmente una ragione decisivamente giustificante; ma di questo punto sarebbe fuor di luogo l'occuparci ora, e forse ci si presenterà occasione di doverne dire qualche parola più tardi. Intanto

però, siccome l'eccezione conferma la regola pei casi non compresi in quella; e siccome l'articolo 1311 dichiara potersi *dagli eredi o aventi causa del donante o del testatore confermare una donazione od una disposizione testamentaria* che sia nulla per vizio di forma; così è indubitabile che anche il testamento, in cui si riscontri difetto delle formalità prescritte dalla legge, s'intende compreso — secondo l'articolo 1310 del nostro codice — tra gli *atti nulli in modo assoluto*, cioè *inesistenti giuridicamente* (1), i quali per tale ragione appunto *non possono essere sanati con verun atto confermativo* dal loro autore.

Possiamo dunque conchiudere che il principio dell'assoluta inesistenza giuridica d'ogni testamento in cui non siano state osservate le formalità prescritte dalla legge a pena di nullità, è consacrato anche dalla disposizione espressa del citato articolo 1310; la quale considera tali testamenti come *nulli in modo assoluto*, e perciò non suscettibili di conferma da parte del testatore.

100. Ciò che abbiamo detto nel numero precedente, in riguardo alle forme dei testamenti, è applicabile parimente alla donazione. Questa pure è un *atto solenne*, che secondo il diritto positivo non può aver vita, se non si manifesta in quella forma speciale che la legge prescrive; sinchè il consenso dalle parti dato in altro modo deve considerarsi come non prestato. È perciò anche questo uno dei casi, nei quali è applicabile in tutta la sua forza l'adagio: *Forma dat esse rei.*

" Tutti gli atti di donazione — dice l'articolo 1056 del " codice civile — debbono esser fatti per atto pubblico; " altrimenti sono nulli ".

Si potrà dubitare della bontà di questa disposizione; si potrà trovar preferibile il diritto Giustinianeo, secondo il quale la donazione valeva in qualunque forma, anche per

(1) V. sopra, n. 97, p. 559.

nudo patto, purchè solo si provasse che si fosse voluto donare, salvo l'obbligo della insinuazione nell'ufficio del censo o negli atti del giudice, qualora si trattasse di valore eccedente i 500 solidi; si potrà sostenere che, o si ponga il fondamento della solennità stabilita per le donazioni nello scopo di assicurare la loro irrevocabilità, o nell'altro di renderle più difficili, per conservare i patrimoni alle famiglie, il rigore di questa prescrizione sia in ogni modo soverchio (1). In diritto costituito, però, è indubitabile che essendo esclusivamente prescritta per le donazioni vere e proprie la forma dell'atto pubblico, è questa una solennità indispensabile, secondo lo spirito della legge, per la esistenza giuridica delle donazioni stesse; alle quali l'atto pubblico non serve soltanto come mezzo di prova, ma come elemento costitutivo, in mancanza di cui esse debbono considerarsi in diritto come non avvenute, nè possono produrre alcuno effetto. E se abbisognasse intorno a ciò una riprova dedotta da altro testo legislativo, la somministrerebbero chiarissima i già citati articoli 1310 e 1311 del codice civile; il primo dei quali dichiara non sanabili con verun atto confermativo " i vizi " di un *atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità* „ ed il secondo ammette *in via di eccezione* potersi *dagli eredi od aventi causa del donante* confermare una donazione fatta nullamente per vizio di forma dal loro autore, il che dunque conferma la regola, che *al donante* non sia lecito di sanar tale vizio mediante conferma. Ora la ragione di ciò sta appunto nella considerazione, che già accennammo nel numero precedente; potersi, cioè, colla conferma riparare ad un vizio che renda un atto imperfetto, ma non dar vita ad un atto che non esista punto, perchè " *Confirmatio nihil dat novi* „.

Su questa massima pertanto, della inesistenza giuridica delle donazioni non fatte per atto pubblico, o fatte con un

(1) V. Laurent, t. XII, n. 220, 221.

atto pubblico nullo, non vi è controversia; e dottrina e giurisprudenza l'ammettono pacificamente (1).

Vi sono però altri punti, quantunque relativi anch'essi alle forme estrinseche delle donazioni, che lasciano luogo a qualche incertezza.

Non può esservi donazione perfetta, se non pel concorso della volontà del donante *di spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata*, a favore del donatario, e della volontà di quest'ultimo di accettare la liberalità ed approfittarne (art. 1050 cod. civ.). Non è però necessario che queste volontà si manifestino nel medesimo atto; salvochè, se sono dichiarate separatamente, è solo coll'accettazione susseguente alla donazione, che questa diviene perfetta e suscettibile di produrre a carico del donante un vincolo giuridico obbligatorio, ed a favore del donatario il trasferimento irrevocabile della proprietà della cosa donata. Finchè la liberalità, quantunque dichiarata nelle forme volute dalla legge, non sia stata accettata dalla persona a cui vantaggio è diretta, il donante rimane libero di ritrattarla; l'alienazione totale e parziale, ch'egli faccia ad altri, della cosa donata, gli oneri reali d'ipoteche, di servitù, od altri, che v'imponga, hanno piena efficacia rimpetto al donatario; e se prima dell'accettazione accade la morte o sopravviene la incapacità del donante o del donatario a dare o ricevere per donazione, si rende impossibile il perfezionamento di questa, non potendo più verificarsi che concorra il consenso, che si formi l'accordo delle volontà delle due parti. Con tutto ciò, non è a dirsi che nell'intervallo tra la donazione e l'accettazione debba quella riguardarsi come un atto inesistente, improduttivo di qualsiasi effetto giuridico; è una semplice offerta, una *pollicitazione*, ma non un *semplice progetto di donare*; e come *pollicitazione* produce effetti, che non potrebbe avere

(1) V. Zachariæ, t. I, § 37, n° 5; Aubry e Rau, t. I, § 37, n° 4; Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, t. III, n. 1063, 1064; Demolombe, t. XX, n. 12, 13; Laurent, t. XII, n. 220.

se fosse solo un progetto; l'effetto, cioè, di conferire al donatario la facoltà di far propria la cosa, accettandone la donazione, e quello di vincolare il donante a dover fare atto di rivocazione della sua liberalità, se vuole impedire al donatario di renderla perfetta ed irrevocabile mediante l'accettazione.

In questo senso, ed entro questi limiti, deve intendersi la massima proclamata nell'articolo 1057 § 1° del nostro codice: " La donazione non obbliga il donante, e non " produce effetto, se non dal giorno in cui viene accettata ".

Il codice francese, nel corrispondente articolo 932, richiedeva di più: che la donazione venisse accettata *in termini espressi*; cosicchè nè la presenza del donatario all'atto della donazione e la sottoscrizione ch'egli vi avesse apposta, nè qualsiasi circostanza che risultasse dai termini stessi dell'atto, e da cui potesse arguirsi, per quanto chiaramente, la volontà del donatario di approfittare della liberalità, nè il fatto stesso di aver preso il possesso della cosa donata, nulla di tutto ciò avrebbe potuto supplire alla mancanza della *dichiarazione formale e speciale* che esigevasi da parte del donatario, e di cui doveva essere fatta menzione nell'atto. Era questa una formalità di più, richiesta per costituire quella solennità, ch'erasi voluto imporre nelle donazioni.

Il legislatore italiano non volle spingere il rigorismo fino a questo punto: e si limitò a dire che la donazione non obbliga il donante, e non produce effetto, se non *dal giorno in cui viene accettata*, cancellando quelle parole susseguenti " *in termini espressi* " che pure si trovavano anche nel codice pel regno delle due Sicilie (art. 856), nel Parmense (art. 1893), nell'Albertino (art. 1127) e nell'Estense (articolo 1863). E con ciò si è evitata la questione, a cui quei codici lasciavano luogo; se cioè questa parte di solennità delle donazioni, consistente nel dover essere manifestata *in termini espressi* l'accettazione del donatario, fosse da riguardarsi come *essenziale*, talchè se l'accettazione non

fosse *espressa*, la donazione dovesse dirsi *inesistente giuridicamente* (1).

Secondo ciò che abbiamo detto superiormente, l'accettazione può essere separata per atto e per tempo dalla donazione. Però, siccome quella è indispensabile per rendere perfetta ed irrevocabile questa, e siccome la donazione in complesso fu considerata dal legislatore quale atto essenzialmente solenne, così le forme di tale solennità debbono necessariamente essere osservate anche nell'atto di accettazione. Nessuna difficoltà si presenta allorchè donazione ed accettazione si compiano nel medesimo atto. Ma quando si facciano invece per atti separati, diviene inevitabile che le identiche forme solenni prescritte per l'atto di donazione abbiano a ripetersi pure per quello di accettazione, e l'una come l'altra debba quindi farsi *per atto pubblico*. Se non che, non si è limitato a questo solo il legislatore italiano; il quale, imitando in ciò il codice francese e gli altri che abbiamo sopra citati, ha richiesto inoltre che l'atto di accettazione *venga notificato al donante*, e solo dal giorno di tale notificazione divenga efficace la donazione, affinchè non accada che il donante rimanga incerto della sua proprietà, ma sia invece libero di disporre validamente della cosa donata, contrattando con terze persone, fino a che il donatario non gli abbia fatto conoscere legalmente la propria determinazione di approfittare della liberalità. Per questi motivi e in questo senso fu stabilita la disposizione scritta nel § 2° dell'articolo 1057: “ L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso, o *con* “ *atto pubblico posteriore*, prima però della morte del do- “ nante; ma in quest'ultimo caso *la donazione non ha effetto*, “ *se non dal giorno in cui è notificato al donante l'atto di* “ *accettazione* „.

E qui è da notarsi un'altra modificazione importante fatta nel codice italiano, a confronto dei codici anteriori;

(1) V. Laurent, t. XII, n. 224, 237.

i quali dichiaravano che solo dal giorno in cui l'atto di accettazione fosse notificato, la donazione avrebbe effetto *relativamente al donante.* Il legislatore italiano cancellò queste ultime parole, e stabilì in modo assoluto che fino a quando l'atto di accettazione non sia notificato al donante, *la donazione non ha effetto.*

L'accennata espressione del codice francese ha dato occasione ad una grave divergenza di opinioni tra i commentatori; alcuni dei quali — sebbene riconoscano come " una singolare anomalia quella d'una convenzione bila- " terale già formata per l'una delle parti, e non ancora " formata per l'altra „ — fondandosi però sulle parole della legge, ritengono che " la notificazione dell'accetta- " zione non essendo richiesta che *relativamente al donante,* " ne segua che la donazione sia *perfetta relativamente al* " *donatario* fin dal momento dell'accettazione, purchè solo " la notificazione sia poi fatta in tempo utile, cioè prima " d'ogni revocazione da parte del donante, e prima ch'egli " sia morto o divenuto incapace „ ma che " al contrario, " fino alla notificazione dell'atto di accettazione, la dona- " zione, quantunque già veramente accettata, non possa " riguardarsi come perfetta per ciò che concerne il do- " nante „. E da ciò deducono poi conseguenze gravissime, naturalmente opposte, nei due ordini di rapporti preaccennati (1).

Un'altra opinione, in senso assolutamente contrario, respinge l'idea di distinguere, reputando formata e produttiva di effetti legali la donazione fin dal momento in cui è accettata, pei rapporti del donatario, e imperfetta invece ed inefficace in riguardo al donante fino al momento in cui l'atto di accettazione gli sia notificato; sostiene che quest'anomalia singolare d'un contratto esistente per una

---

(1) V. DEMANTE, *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, t. VII, 1825, p. 371; GRÉNIER, *Tr. des don. des testam.*, t. I, n. 138*bis*; COIN-DELISLE, *Don. et testam.*, t. I, n. 18; TROPLONG, *Don. et testam.*, t. II, n. 1104; DEMOLOMBE, t. XX, n.139, ss.; AUBRY e RAU, t. VII, § 653.

delle parti, e non per l'altra, non è imposta dal testo della legge, in cui le parole “ *relativamente al donante* „ debbono intendersi in un senso *semplicemente spiegativo*, e *non restrittivo*; che se il donante — al quale non fu notificato l'atto di accettazione — conserva la facoltà di disporre dei beni donati a favore altrui, il donatario non può dunque averne acquistata la proprietà; che pertanto la donazione non si forma, non diviene perfetta, non produce gli effetti suoi per alcuno, se non dal momento in cui l'atto di accettazione sia notificato al donante; che fino a quel tempo la donazione stessa deve considerarsi come *inesistente* (1).

Secondo una terza opinione non si potrebbe ammettere che, non essendo notificato al donante l'atto di accettazione, la donazione rimanesse imperfetta, inefficace tanto pel donatario quanto pel donante; perchè ciò equivarrebbe a cancellare arbitrariamente le parole limitative, che il legislatore ha scritto, dicendo che allora la donazione “ non avrà effetto *relativamente al donante* „. D'altra parte neppure dovrebbesi ammettere l'anomalia di un contratto formato legalmente per l'una delle parti, e non per l'altra. La soluzione da adottarsi, sarebbe: che la donazione si perfezionerebbe mediante l'accettazione del donatario, ma rimarrebbe *soggetta ad una condizione risolutiva*, dipendente dalle disposizioni che il donante potrebbe fare circa la cosa donata, finchè non gli venisse notificato l'atto di accettazione (2).

Non ci addentreremo di più in questa grave disputa, nè scandaglieremo il valore degli argomenti addotti per ciascuna delle riferite opinioni; perchè ciò eccederebbe il còmpito che ci proponemmo in questa esposizione di principii generali, e perchè d'altra parte si tratta d'una questione fondata unicamente sui termini d'una disposizione

(1) V. Vazeille, *Comm. des don. et testam.*, t. I, art. 932, n. 40; Duranton, t. VIII, n. 420, 421; Zachariæ, t. III, § 653; Laurent, t. XII, n. 225, 264, ss.
(2) V. Marcadé, art. 932, § V, t. III, n. 636, 637.

di legge, che nel nostro codice è stata modificata. Diremo solo, parerci evidente che il legislatore italiano ha adottata sostanzialmente la seconda delle dottrine predette; poichè cancellando quelle parole limitative, che si trovavano nell'articolo 932 del codice francese, ha stabilito assolutamente che *la donazione* NON HA EFFETTO, *fino a che l'atto separato di accettazione non sia stato notificato al donante.* Ciò significa incontestabilmente, che fino a quel momento la donazione — sebbene accettata di fatto dal donatario — non produce alcun effetto, nè per lui, nè pel donante, non arreca a questo verun vincolo giuridico, non conferisce a quello nessun diritto sulla cosa donata.

Ma è poi esatta la proposizione, che la donazione stessa sia da riguardarsi in tal caso come *inesistente giuridicamente?*

Non si deve dimenticare che siamo nella ipotesi di un'accettazione fatta separatamente, con atto posteriore a quello della donazione. Se l'una e l'altra fossero avvenute in un medesimo atto, le stesse cause d'inesistenza giuridica influirebbero necessariamente sopra amendue. Essendo invece distinte, sarebbe bensì inconcepibile che mancando di esistenza giuridica l'atto di donazione, potesse farsene un'accettazione efficace; ma, al contrario, è ammissibile che essendovi un atto di donazione produttivo de' suoi effetti ordinari come semplice *pollicitazione*, l'atto di accettazione sia da considerarsi come non avvenuto, cosicchè bisogni rinnovarlo. Solenne dev'essere l'atto separato di accettazione, al pari di quello di donazione; ma ciascuno di tali atti ha le forme di solennità sue proprie. La manifestazione della volontà del donante di spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario, dev'essere fatta per atto pubblico (art. 1056 cod. civ.); la manifestazione della volontà del donatario di approfittare di tale liberalità, può seguire *per atto pubblico posteriore*, prima però della morte o della incapacità del donante; e tale atto dev'essere notificato nelle forme di

legge al donante medesimo (art. 1052 § 2°, cod. civ.). Le forme dell'atto pubblico e della notificazione sono certamente essenziali all'accettazione, che pure, secondo lo spirito della legge, è da qualificarsi come un *atto solenne;* epperò, in mancanza di tali forme, *l'accettazione è da riguardarsi come non avvenuta, come inesistente in diritto.* E se intanto il donante sia morto o sia divenuto incapace, non potendo più verificarsi l'accordo della volontà delle parti, necessario a formare e rendere perfetta la donazione, anche l'atto del donante cesserà d'avere qualsiasi effetto. Ma se, all'opposto, continui a vivere ed essere capace il donante, il quale non revochi, nè espressamente nè tacitamente la propria liberalità, rimarrà sempre in facoltà del donatario di fare in forma valida un nuovo atto di accettazione; il che dunque dimostra, che non l'atto di donazione validamente fatto in forma pubblica, ma la sola accettazione non risultante parimente da atto pubblico, o non notificata in forma valida al donante, è da riguardarsi come *inesistente giuridicamente.* Se l'inosservanza delle forme prescritte nell'atto di accettazione, dovesse far considerare come non avvenuta, come improduttiva di qualunque effetto la donazione stessa, non si avrebbe più la possibilità di rifare in forma efficace l'atto di accettazione stesso; e ciò non sarebbe neppure conforme alle parole della legge, la quale dichiara che accettandosi separatamente la donazione, questa *non ha effetto se non dal giorno in cui l'atto pubblico posteriore di accettazione sia notificato al donante,* ma non dice che essendo fatta l'accettazione altrimenti che per atto pubblico o non essendo questo notificato in forma legalmente valida al donante, la donazione debba considerarsi come non avvenuta.

Relativamente alle forme delle donazioni, vi è un altro punto dubbio da risolvere, circa le conseguenze, di assoluta inesistenza giuridica, o di semplice nullità dell'atto, che dall'inadempimento di tali forme debbano derivare.

L'art. 1070 del cod. civ., corrispondente agli art. 948 cod. Franc., 872 cod. D. S., 1909 cod. Parm., 1145 cod. Alb., 1887 cod. Est., stabilisce la regola seguente:

" Qualunque donazione di cose mobili *non è valida*, che " per quelle specificate con indicazione del loro valore " nell'atto stesso della donazione, ovvero in una nota a " parte, sottoscritta dal donante, dal notaio, e dal dona- " tario o da chi accetta per esso, se interviene all'atto; " la nota sarà unita all'originale della donazione ".

Più motivi concorsero a suggerire la prescrizione di questa formalità. La donazione dev'essere irrevocabile; ed affinchè tale irrevocabilità, non solo sussistesse in diritto, ma fosse inoltre assicurata in fatto, era necessario che formandone oggetto cose mobili, ne fosse accertata in modo solenne la consistenza specifica ed il valore, per impedire qualunque alterazione, che si volesse fare approfittando della facilità di sottrarre, o sostituire, o deteriorare oggetti mobiliari. Inoltre era opportuno, anche per evitare difficoltà e liti, che avrebber potuto sorgere circa l'identità e il valore degli oggetti compresi nella donazione, di guarentire coi mezzi adottati in quella disposizione di legge, l'interesse tanto del donante stesso, che degli eredi di lui o dei terzi; l'interesse del donante, pel caso che verificandosi la revocazione della donazione, secondo gli art. 1078 e seg. del cod. civ., avesse egli a richiedere la restituzione delle cose donate: l'interesse degli eredi, nei casi di *collazione*, per verificarne l'ammontare (art. 1024 cod. civ.), e nei casi in cui si tratti di eredi aventi diritto a legittima, per accertare se la donazione ecceda la porzione disponibile (art. 1091 cod. civ.); l'interesse dei terzi, e specialmente dei creditori del donante e del donatario, ai quali importa rispettivamente che sia assicurata la consistenza dei beni formanti oggetto della donazione.

Ora, quando l'art. 1070 dichiara che la donazione di cose mobili *non è valida*, se non sono osservate le prescrizioni di forma ivi stabilite, in qual senso devesi intendere

quella espressione? Equivale essa a dire che la donazione, in mancanza di quelle forme, debba considerarsi come *inesistente giuridicamente*, non abbia alcun effetto civile, sia come non avvenuta? Ovvero significa soltanto che tale donazione sia impugnabile per nullità, o assolutamente, da qualunque interessato, o relativamente, da certe persone?

Alcuni autori hanno data al corrispondente art. 948 del cod. Franc., una interpretazione singolare. Secondo loro, l'esser detto in quell'articolo che l'atto di donazione di cose mobili, non accompagnato dallo *stato estimativo* di esse, *non è valido*, non vorrebbe significare una vera *nullità* della donazione stessa, ma solamente che al donatario non sarebbe concessa azione, nè per rivendicare contro terze persone gli oggetti, che il donante avesse in loro favore alienati posteriormente alla donazione, nè per reclamare la consegnazione delle cose donate contro il donante stesso od i suoi eredi (1). Se al contrario il donante avesse volontariamente consegnate al donatario le cose donate, non potrebbe poi rivendicarle, perchè gli mancherebbe una azione di nullità della donazione, a cui potersi appoggiare. Questa opinione derivavasi in sostanza dalla tradizione dell'antico diritto francese; nel quale però trovasi espressamente limitato l'effetto della mancanza di *stato estimativo* nella donazione di cose mobili, al non competere al donatario alcuna azione per rivendicare tali cose, nè contro terze persone, nè contro il donante stesso o i suoi eredi. La espressione usata nelle legislazioni moderne è ben diversa. Vi è detto assolutamente che *la donazione non è valida*; e ciò corrisponde a dichiararla *nulla*, giacchè il contrario della validità è la nullità, non l'essere soltanto negata a determinate persone un'azione in base di un dato atto.

Altri autori perciò insegnano trattarsi d'una nullità vera e propria, la quale darebbe luogo, anche a profitto del donante, all'azione per ripetere le cose mobili, che avesse

(1) V. Coin-Delisle, *Don et test.*, art. 948, n. 21; Taulier, t. IV, p. 87.

consegnate al donatario in esecuzione d'un atto di donazione mancante dello stato estimativo (1); e quantunque non accennino espressamente al dubbio che la donazione mancante di quella formalità potesse considerarsi come *inesistente giuridicamente*, è chiaro però che lo escludono, giacchè parlano *di azione di nullità proponibile dal donante o dai suoi eredi*.

Una terza opinione ritiene che alla donazione mobiliare mancante dello *stato estimativo* debbasi applicare la disposizione dell'art. 1339 del codice francese — corrispondente al 1310 del codice italiano — il che equivale a riguardare quella donazione come assolutamente inesistente in diritto; poichè, come già osservammo, tale è il senso in cui parlasi nel citato articolo di *atti nulli in modo assoluto per difetto di formalità*, ed è appunto perchè si considerano come giuridicamente inesistenti, che simili atti *non si possono sanare con verun atto confermativo* (2). E questa opinione sembra pure divisa del Demolombe — sebbene citato dal Laurent tra coloro che ritengono semplicemente *nulla* la donazione mobiliare, a cui non sia annesso lo stato estimativo — giacchè quell'autore, adottando una terminologia speciale, ha sostituito alla distinzione tra *inesistenza giuridica* e *nullità* delle convenzioni, l'altra di *atti nulli* e *atti annullabili*; ond'è che dicendo che " la mancanza di *stato estimativo* produce *la nullità* della donazione, anche fra le parti, *nullità di forma, assoluta* ", intende che la donazione debba in tal caso reputarsi come *non avvenuta*, come inesistente giuridicamente (3).

Il Laurent è il solo, che abbia trattata *ex professo* la questione, " se, non essendovi stato estimativo, la donazione sia *nulla*, o *non esistente* " ed adotta con ragione — per

---

(1) V. Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, t. III, n. 1235; Aubry e Rau, t. VII, § 660, n° 11, 12, 13.

(2) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. II, p. 291; Dalloz, *Répertoire*, v° *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, n. 1535.

(3) V. Demolombe, t. XX, n. 344, 363, 364, t. XXIX, n. 21, 22.

quanto ne pare a noi — la prima di queste opinioni (1). " Le forme — egli dice — non sono una condizione di " esistenza delle convenzioni, se non quando si tratti di " una solennità attenente alla manifestazione del consenso. " Ora, lo stato estimativo delle cose mobili donate non ha " nulla di comune col consenso del donante. Vi è vincolo " di diritto dal momento in cui il donante ha prestato il " proprio consenso con atto autentico. Ciò risolve la que- " stione: lo stato estimativo essendo estraneo al consenso " del donante, non può rendere inesistente, ma sempli- " cemente nulla od annullabile la donazione. „

A quest'ordine d'idee è conforme anche la espressione letterale del testo; poichè non vi è detto, a somiglianza della disposizione scritta nell'art. 1119, che la donazioue *non possa avere alcun effetto*, e neppure che sia *nulla*, com'è dichiarato nell'art. 1056 rispetto a quella che non sia fatta per atto pubblico — nel qual caso, come già accennammo, e come risulta dal ravvicinamento coll'art. 1310, il legislatore ha inteso di significare, colla parola *nullità*, la *inesistenza giuridica* dell'atto — ma si è adoperata una formola diversa, dicendo soltanto che la donazione *non è valida*, volendo denotare che *può essere impugnata*. Per altro, se non si tratta di vera inesistenza giuridica, la nullità però della donazione mobiliare, in cui non siano state osservate le formalità prescritte dall'art. 1070, è una *nullità assoluta*, proponibile da qualunque persona interessata. Ciò è dimostrato abbastanza dai motivi stessi della predetta disposizione, che accennammo in principio di questa discussione; poichè la formalità dello *stato estimativo* dei mobili donati, essendo stata prescritta per guarentigia sì dell'una che dell'altra parte contraente non solo, ma eziandio dei terzi, che possano esservi interessati, è conseguente che la nullità dipendente dall'inadempimento di quella formalità sia proponibile da qua-

(1) V. Laurent, t. XII, n. 226, 373.

lunque persona avente interesse, e cioè sia una *nullità assoluta*.

È quindi indubitabile che il donante potrebbe proporre codesta nullità, non solo per difendersi contro la domanda del donatario, tendente ad ottenere la consegnazione delle cose donate, ma eziandio per agire allo scopo di ricuperarle, qualora glie le avesse di fatto consegnate. Ciò fu contestato — come già osservammo — da quegl'interpreti, a cui parve che la dichiarazione di non validità della donazione significasse in questo caso negarsi al donatario l'azione per richiedere la consegna delle cose donate, ma non importasse veramente la nullità dell'atto. Ed altri ancora sostennero sotto un diverso aspetto, che " la nullità " d'un atto di donazione mobiliare, per mancanza di de" scrizione e valutazione degli oggetti donati, non impe" direbbe che la donazione di questi oggetti potesse consu" marsi più tardi mediante la tradizione reale, che il " donante ne facesse al donatario „ osservando che " questa " tradizione eseguita dal donante colla intenzione di spo" gliarsi irrevocabilmente delle cose che ne formano oggetto, " in favore del donatario, costituisce un *dono manuale*, che " non ha bisogno d'essere constatato mediante scrittura, " e forma pel donatario *un titolo nuovo* e *distinto* dal suo " atto di donazione, talchè non è opponibile in tal caso " la massima: *Melius est non habere titulum, quam habere* " *vitiosum* „ (1). Ma a questa osservazione ha giustamente risposto il Troplong: " essere vano l'obbiettare che la tradi" zione trasformerebbe la donazione in un dono manuale; " perchè tale non è quello che fu fatto per atto scritto, e " una simile obbiezione non è nè speciosa, nè sostenibile „. E invero, com'è possibile scorgere un *titolo nuovo* e *distinto* di trasmissione della proprietà delle cose donate, *nel fatto della consegnazione di esse, operato in esecuzione dell'atto di*

---

(1) V. Toullier, t. V, n. 180; Duranton, t. VIII, n. 390, 406; Zachariæ, t. III, § 660, n° 8; Laurent, t. XII, n. 374, 375.

donazione nullo per inosservanza dell'art. 1070? Codesto fatto e le sue conseguenze giuridiche sono dipendenti in tutto dalla sorte dell'atto, alla cui esecuzione unicamente tende quel fatto; e se l'atto di donazione è nullo, non può esser valido ciò che fu compiuto al solo scopo di eseguirlo. Ben s'intende, che la preesistenza d'un atto di donazione mobiliare, nullo per violazione dell'art. 1070 cod. civ., non impedirebbe che i medesimi oggetti potessero ulteriormente venire trasmessi per *dono manuale* dallo stesso donante allo stesso donatario. Ma sarebbe necessario che dalle circostanze risultasse provata la intenzione del donante di fare liberalità nuova, indipendente dall'atto anteriore di donazione nullo. Se al contrario ne risultasse aver egli voluto semplicemente dare esecuzione a quest'atto, la nullità di esso trarrebbe seco anche quella della esecuzione medesima.

Tale infatti è l'opinione accolta a preferenza nella dottrina più recente (1).

Nè in favore della massima contraria potrebbesi insinuare l'idea di una *conferma tacita*, risultante dall'esecuzione volontaria data dal donante alla donazione nulla, col consegnarne gli oggetti al donatario; quantunque si tratti di semplice nullità, non d'inesistenza giuridica dell'atto, e non sia quindi il caso di applicare la massima dell'art. 1310 del codice. Nessuna conferma, sia poi espressa o tacita, può farsi efficacemente, se non correggendo il vizio producente la nullità dell'atto, che si vuole convalidare (art. 1309) cod. civ.). Or qui, dove il vizio di nullità dipende dell'essersi ommesso nell'atto della donazione di cose mobili lo *stato estimativo* richiesto dall'art. 1070, è bensì possibile correggere codesto vizio mediante un atto confermativo espresso, nel quale quella formalità venga adempita; ma non è possibile altrettanto mediante una conferma tacita,

(1) V. Troplong, *Don. et testam.*, t. III, n. 1234; Aubry e Rau, t. VII, § 660, nº 13, 14; Demolombe, t. XX, n. 75, 363, 2º.

consistente nel semplice fatto d'aver data esecuzione all'atto di donazione nullo per la causa predetta, il che lascierebbe sussistere, non ostante la conferma, il vizio che col mezzo di essa si vorrebbe sanare, e riuscirebbe a rendere manifestamente illusoria la disposizione stessa del predetto art. 1070.

Del resto, la nullità dipendente da ommissione della formalità prescritta dall'art. 1070 essendo *assoluta*, è ammesso senza contraddizione che possano proporla anche i creditori del donante, al fine di assoggettare alle loro azioni i beni nullamente alienati dal loro debitore, senza distinguere se i loro crediti siano anteriori o posteriori alla donazione (1).

È ammesso parimente, e non può essere dubbio, che la nullità non si verifichi fuorchè per quelli tra gli oggetti donati, la cui indicazione e valutazione non si riscontri nell'atto stesso di donazione, o in una nota ad esso unita com'è detto nell'art. 1070 sopra citato; di guisa che la medesima donazione può trovarsi valida per alcune, nulla per altre, delle cose che vi sarebbero comprese (2).

Passando ora da ciò che riguarda le forme estrinseche ai requisiti intrinsici delle donazioni, vi troveremo pure importanti applicazioni della distinzione tra l'inesistenza giuridica, e la semplice nullità e l'annullabilità degli atti.

In ordine alla capacità personale, è da distinguere, innanzi tutto, se essa concerna la facoltà di disporre, o quella di ricevere per donazione, o quella di accettare la donazione stessa. E relativamente alla facoltà di disporre, bisogna suddistinguere tra la *incapacità di fatto*, e la *incapacità di diritto*.

Si verifica la *incapacità di fatto* nel disponente, allorchè per le condizioni fisiche o morali della persona si trovi nella impossibilità di avere e di manifestare una volontà. Chi invece sia moralmente e fisicamente capace d'un atto

(1) V. Troplong, *Don. et testam.*, t. III, n. 1236, 1237; Demolombe, t. XX, n. 365; Aubry e Rau, t. VII, § 660, n° 12.

(2) V. Demolombe, t. XX, n. 366.

di volontà, gode in generale della facoltà di disporre dei propri beni, anche a titolo di liberalità; solo per disposizioni eccezionali di legge può essere privato di tale facoltà, o vietandogli di disporre pel detto titolo a favore di qualsiasi persona, o proibendogli soltanto di gratificare certe persone specialmente designate; ed allora la incapacità è *di diritto*, *assoluta* nel primo caso, *relativa* nel secondo.

La *incapacità di fatto* trovasi pure contemplata da una disposizione espressa del codice civile in materia di donazioni; giacchè l'articolo 1052 dichiarando che " non può " donare chi non può far testamento „ e riferendosi con ciò al precedente art. 763, viene così a comprendere fra gl'incapaci, oltre ai minori ed agl'interdetti per infermità di mente, anche " quelli che, quantunque non interdetti, si " provi non essere stati sani di mente „ nel tempo in cui fecero la disposizione. Dal che potrebbesi, a primo aspetto, argomentare che il legislatore avesse voluto, in materia di donazioni, convertire in una condizione di *capacità legale*, necessaria per la sola validità dell'atto, quella che veramente è una condizione di *capacità di fatto*, indispensabile per la stessa esistenza giuridica di esso. Tanto più, che parlando dei contratti in genere il medesimo legislatore non ha stimato necessario di esprimere che non sia capace di contrattare chi non abbia la mente sana; appunto perchè il vizio di mente, togliendo la possibilità di prestare il consenso — che è elemento essenziale della formazione del contratto — costituisce una incapacità, non semplicemente giuridica, ma di fatto, e rende la convenzione non solo impugnabile per nullità, ma assolutamente inesistente in diritto. All'opposto, nella materia speciale delle donazioni, col riferimento dell'art. 1052 al 763 del cod. civ., si è venuto a comprendere la infermità di mente nel novero delle incapacità a donare stabilite per espressa disposizione di legge.

Nondimeno non parrebbe accettabile l'idea che in ordine alle donazioni l'infermità mentale fosse da considerarsi

come costituente una mera incapacità di diritto, anzichè una incapacità di fatto, e rendesse perciò nulla od annullabile, ma non inesistente giuridicamente, la liberalità. Basta considerare che, come per qualunque contratto, così per la donazione è elemento essenziale il consenso, e che questo manca del tutto se il disponente per un vizio mentale è incapace a consentire, per doversi persuadere che codesta incapacità è necessariamente causa d'*inesistenza giuridica*, non di semplice *nullità* od *annullabilità* della donazione. È vero che relativamente alle liberalità per atti d'ultima volontà o tra vivi, il legislatore ha stimato opportuno di dichiarare espressamente — ciò che non ha fatto pei contratti — la incapacità di coloro che all'atto di disporre non siano sani di mente. Lo ha stimato opportuno, perchè è più specialmente in tali atti che è necessaria la maggiore libertà di spirito e la pienezza di giudizio; è in tali atti che possono spiegare più gravemente il loro predominio le passioni; che persone interessate possono più facilmente abusare della debolezza mentale del disponente per indurlo ad erogare le sue sostanze in pro di estranei, privandone gli eredi legittimi (1); e perchè avendo espressamente annoverato, tra le cause per le quali taluno non può disporre a titolo di liberalità, la *interdizione*, che fa luogo ad una presunzione legale d'incapacità di colui che vi è sottoposto, indipendentemente dallo stato di fatto della mente sua al momento in cui dispone, non era superfluo il soggiungere che nondimeno, se anche l'infermità mentale del testatore o del donante non constasse legalmente da sentenza d'interdizione, basterebbe provarne la esistenza di fatto al tempo della disposizione, perchè questa dovesse rimanere priva di effetto, come fatta da un incapace. Tutto questo però non significa che siasi inteso di convertire in una incapacità di diritto, quella di fatto in cui si trova l'infermo di mente, e in una causa di semplice nullità

(1) V. Laurent, t. XI, n. 106.

od annullabilità dell'atto, quella che ne produce essenzialmente l'assoluta inesistenza giuridica. Ed è fondandosi su questi concetti, e sulla massima che qualora la donazione venga accettata mediante un atto posteriore, al quale non concorra il donante, essa *non ha effetto, se non dal giorno in cui è notificato al donante l'atto di accettazione* (art. 1057 § 2° cod. civ.), che illustri autori insegnano doversi considerare la donazione come *non avvenuta* — cioè come inesistente giuridicamente — se prima della notificazione dell'atto di accettazione *il donante abbia perduto l'uso delle sue facoltà morali* (1).

Così dunque la incapacità di fatto del disponente, che risulta dallo stato non sano della mente di lui al tempo dell'atto di donazione, o al tempo in cui questa dovrebbe divenire perfetta mediante l'atto separato di accettazione notificato al donante, produce l'assoluta inesistenza giuridica della donazione stessa.

Ma non è altrettanto delle cause d'*incapacità di diritto*, le quali verificandosi nel disponente, rendono soltanto civilmente nullo od annullabile l'atto di donazione, quantunque non possa dirsi che esso manchi affatto di esistenza giuridica. Fu avvertito giustamente ed opportunamente a questo proposito, che dall'essere stata espressa nel codice la incapacità del donante non sano di mente, e dall'essersi parlato di questa incapacità di fatto insieme alle incapacità di diritto " non è da conchiuderne che la *capacità propria-" mente detta* sia una condizione prescritta per la esistenza " della donazione; la capacità non è richiesta che *per la vali-" dità dei contratti*, e la incapacità rende il contratto *nullo*, ma " non lo rende *inesistente*. È questo il principio generale, a cui " la legge non deroga neppure in materia di donazione (2) ".

Codesta nullità, poi, che deriva dalla *incapacità di diritto* del donante, è qualche volta *assoluta* — cioè proponibile da

(1) V. Aubry e Rau, t. VII, § 650, n° 2.
(2) V. Laurent, t. XII, n. 218, p. 279.

qualunque persona interessata — ma più spesso è *relativa* — cioè proponibile da certe persone soltanto.

Fu insegnato, intorno a ciò, che " l'azione in nullità " aperta per ragione della incapacità del disponente . . . . " compete a qualunque persona interessata a fare annul- " lare la disposizione, allorchè tale azione è fondata sopra " motivi d'ordine pubblico; mentre invece, se è stabilita per " ragioni d'interesse privato, l'azione in nullità non può es- " sere formata che dal disponente stesso o ai suoi eredi (1) ".

E ciò si comprende. Quando i motivi, che diedero luogo a stabilire l'incapacità, riguardano direttamente l'*ordine pubblico*, non può esservi ragione perchè l'azione di nullità venga attribuita all'uno anzichè all'altro individuo; ed essendo d'interesse generale l'osservanza di quella disposizione di legge, dev'essere lecito a tutti, che vi abbiano anche individualmente un interesse legittimo, di esercitare azione per far annullare gli atti che a tale disposizione contravvengano. Quando, all'opposto, i motivi che diedero fondamento a stabilire l'incapacità, siano di mero interesse privato, concernente l'incapace stesso e per la protezione di lui, è naturale che a lui solo od a chi lo rappresenti spetti l'azione per far annullare, invocando questa protezione della legge, l'atto che contrariamente ad essa abbia compiuto trovandosi in istato d'incapacità. Del primo caso ci porge esempio la incapacità dell'interdetto legalmente per condanna penale. Secondo l'art. 3 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile, " l'inter- " dizione legale — per condanne alle pene di morte, " dell'ergastolo e dei lavori forzati a vita — toglie al con- " dannato la capacità di amministrare i suoi beni, di alie- " narli, ipotecarli, o *disporne altrimenti che per testamento* ". Questo interdetto legalmente per condanna penale, è dunque indubbiamente incapace anche a donare, e tale incapacità non è stabilita per motivi d'interesse privato del

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VII, § 650*bis*, n° 1°.

disponente e per protegger lui, ma per motivi di ordine pubblico, com'è proprio di tutte le disposizioni della legge in materia penale. È conseguente pertanto che gli atti, compiuti dall'interdetto legalmente in contravvenzione a quella disposizione di legge, debbano riguardarsi come colpiti di *nullità assoluta*. Ed è ciò che riconobbe espressamente il legislatore stesso nella disposizione dell'art. 1107 del codice civile; in cui, dopo aver parlato dei casi di *nullità relativa* derivante da incapacità d'una delle parti contraenti, soggiunge poi nel secondo paragrafo: " La in- " capacità, però, derivante da interdizione per causa di " pene, *si può opporre da chiunque vi ha interesse*. Ciò è detto, è vero, trattando dei contratti in genere; ma anche la donazione è un contratto (art. 1098 cod. civ.), poichè non diviene perfetta, nè costituisce vincolo giuridico, se non per l'accordo della volontà delle due parti — donante e donatario — e finchè non sia stata accettata da questo ultimo, e se l'accettazione sia fatta per atto separato, questo non sia pure notificato al donante, la liberalità — quantunque da lui già manifestata nel relativo atto — ancora *non lo obbliga, nè produce effetto*, (art. 1057 cod. civ.). La donazione essendo dunque essa pure un contratto — sebbene *unilaterale* ed *a titolo gratuito* (art. 1100, 1101 cod. civ.), ed essendole perciò applicabili le regole stabilite pei contratti in genere, salve le derogazioni che vi sian fatte nel titolo delle *donazioni* (1); possiamo pertanto affermare che la incapacità a donare, derivante da interdizione per condanna penale, è causa di nullità assoluta delle donazioni, non solo in virtù dei principii generali di diritto, ma anche per espressa disposizione della legge.

Sono dichiarati incapaci a far donazioni, per motivi di interesse privato ed a scopo di protezione per loro, i *minori di età*, sebbene emancipati, salve le disposizioni particolari relative al contratto di matrimonio (art. 1386 cod. civ.),

(1) V. Laurent, t. XI, n. 99, p. 125.

gl' *interdetti per infermità di mente*, e gl' *inabilitati*, dal giorno in cui sia stato promosso il giudizio d'inabilitazione (art. 1052 cod. civ.). La nullità delle donazioni fatte da costoro, secondo la regola che abbiamo ora accennata, non è dunque *assoluta*, ma *relativa*, e proponibile soltanto dai donanti stessi, giunti che siano a stato di capacità, o da coloro che li rappresentano legittimamente durante la incapacità, o dopo la loro morte dagli eredi, che ne rappresentano e continuano giuridicamente la personalità E ciò pure è conforme alla regola espressa circa i contratti in genere nel primo paragrafo dell'art. 1107; che cioè la incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, può essere opposta soltanto da loro stessi, o da chi li rappresenti legittimamente, ma non dall'altra parte capace, colla quale abbiano contrattato. In questi casi, anzi, più che di una nullità vera e propria, dichiarata direttamente dalla legge stessa — rimanendo però l'esercizio della relativa azione limitato soltanto a certe persone — trattasi veramente di semplice *annullabilità*, cioè di azione aperta contro un atto a favore di determinate persone, per poterlo far annullare, se ciò reputino di loro interesse; e conseguentemente codeste azioni di nullità vanno allora soggette alla prescrizione estintiva quinquennale stabilita dall'art. 1300 del codice civile; mentre l'azione in nullità d'una donazione fatta da un interdetto legalmente per condanna penale, non si estingue fuorchè per la prescrizione ordinaria di 30 anni, secondo l'art. 2135 del codice stesso (1).

È incapace per legge a fare donazioni anche la donna maritata, se non ne abbia ottenuta l'autorizzazione dal marito. L'art. 134 del codice civile, che enumera gli atti pei quali è richiesta l'autorizzazione maritale, indica primo tra essi quello di donazione. Perciò se la moglie — non trovandosi in alcuna delle eccezioni contemplate nei due primi numeri dell'art. 135 — faccia un atto di donazione

(2) V. Aubry e Rau, t. VII, § 650*bis*, n° 1°, n° 2.

senza essérvi autorizzata dal marito, o dal tribunale civile, qualora si verifichi qualcuna delle ipotesi previste dall'articolo 136, quell'atto non può dirsi veramente *inesistente in diritto*, ma è *nullo;* e questa volta non si tratta di semplice *annullabilità* rilasciata alla facoltà della parte, in cui favore sia soltanto aperta un'azione per annullamento, ma di una *nullità vera e propria, dichiarata direttamente* dalla legge (art. 137 cod. civ.). Soltanto questa nullità non è *assoluta*, ma *relativa* alle persone espressamente indicate nell'articolo ultimamente citato. Se non che la incapacità, in questo caso, è bensì stabilita per motivi di interesse privato, ma di un interesse non limitato alla sola persona dell'incapace, allo scopo di proteggere lei, sibbene di un interesse concernente pure la famiglia della donante. Ed è perciò che secondo l'articolo 137 predetto " la nullità derivante dal difetto d'autorizzazione non può " essere opposta che dal marito, dalla moglie e dai suoi eredi " od aventi causa „; dal marito, durante il matrimonio, sia per l'interesse morale proprio — essendosi contravvenuto alla legge conculcando l'autorità maritale — sia per l'interesse pecuniario della famiglia, di cui è capo; dalla moglie, sia durante il matrimonio, sia dopo lo scioglimento di esso per la premorienza del marito; dagli eredi della moglie, quando essa sia premorta al marito; dagli aventi causa della moglie, tanto durante il matrimonio, quanto dopo che sia sciolto per la morte dell'uno o dell'altro dei coniugi. Gli eredi rappresentano e continuano giuridicamente la persona della moglie, a cui succedono in tutti i diritti a lei spettanti, e che non siano così esclusivamente inerenti alla persona stessa da doversi riguardare estinti col cessare della vita di lei; e quindi la rappresentano anche nel diritto d'invocare la nullità d'un atto pregiudizievole al patrimonio da lei lasciato. Gli aventi causa rappresentano pure la persona, ch'è loro autore, nei diritti relativamente ai quali le sono succeduti a titolo particolare; e quindi in quell'azione di nullità della dona-

zione, che non potendosi considerare come *esclusivamente personale* al donante, e perciò trasmissibile anche ai successori particolari di lui.

Tutto ciò, per altro, non darebbe ragione di qualificare come *assoluta* la nullità della donazione fatta da una donna maritata senza l'autorizzazione maritale o giudiziaria prescritta dal codice; dappoichè l'azione corrispondente non compete già *a qualunque persona possa avere interesse ad esercitarla*, ma solo al marito, alla moglie, ed agli eredi od aventi causa di quest'ultima, secondo l'espressa e limitativa disposizione dell'art. 137 del codice civile.

Passando ora dalle cause d'incapacità di disporre alle altre di ricevere per donazione, è facile il dimostrare come in dipendenza pure d'alcuna di queste possa talvolta verificarsi l'assoluta inesistenza giuridica della donazione stessa. Ciò avviene quando la causa d'incapacità verificantesi relativamente al donatario, sia di tale natura da equivalere, o di fatto o di diritto, alla mancanza di lui; essendo evidente che come non può esistere donazione, se manchi la persona del donatario, così del pari non può esistere qualora si avveri una tale incapacità della persona medesima che, giuridicamente almeno, sia da equipararsi alla mancanza di essa.

La legge, per esempio, annovera tra gl'incapaci a ricevere per donazione anche chi non sia ancora concepito, salvochè si possono beneficare con tale atto *i figli immediati d'una determinata persona vivente* (art. 1053 combinato cogli art. 764 e 724, n. 1°, cod. civ.); non parla però del tempo in cui si richieda la condizione di capacità consistente nel concepimento del beneficato colla donazione. E su questo punto eravi discordia di opinioni in diritto francese, perchè alcuni autori reputavano sufficiente che il beneficato fosse concepito *al momento in cui la donazione venisse accettata* nell'interesse di lui (1), mentre altri reputavano indispen-

(1) V. Toullier, t. V, n. 96; Grénier, *Tr. des donat.*, t. I, n. 138*bis*; Duranton, t. VIII, n. 223; Troplong, *Des donations entre-vifs et des testamens*, t. II, n. 616, 617.

sabile che il beneficato fosse già concepito *al momento della redazione dell'atto contenente la dichiarazione del donante* (1). Della quale ultima opinione rendevano questa principale ragione, che l'atto del donante non è un semplice *progetto*, ma un'*offerta di spogliarsi attualmente della cosa donata in favore del donatario*, ed è inconcepibile un'offerta fatta ad un essere che ancora non esiste; e in ciò trovavano pure la spiegazione della differenza rispetto alla capacità di ricevere per testamento, bastando allora che il beneficato sia concepito *al momento della morte del testatore*, sebbene non lo fosse allorchè questi disponeva, perchè il testamento non è, fino al momento in cui si apre la successione, che un semplice progetto, una disposizione puramente unilaterale, non un'offerta rivolta al beneficato. Ne conchiudevano che l'atto di donazione fatto in favore di persona non ancora concepita fosse da considerarsi *come non avvenuto*, come *inesistente* in diritto. Senza entrar qui a discutere — chè non sarebbe luogo opportuno — la grave questione che abbiamo accennata, ci limiteremo a dire come ci sembrino preponderanti le ragioni addotte a sostegno della seconda delle surriferite opinioni; e come, posto il principio, non se ne possa poi contestare la conseguenza, che la donazione fatta a favore di persona non ancora concepita al momento in cui il donante fa l'atto di liberalità, sia da considerarsi come non avente alcuna esistenza giuridica.

Può accadere, come avvertimmo, che sebbene esista di fatto un ente che il donante vorrebbe beneficare, l'ente medesimo sia però colpito di tale incapacità che debba considerarsi in diritto come equivalente alla mancanza di esso; ed anche in tal caso la conseguenza non può essere diversa; la donazione, cioè, deve considerarsi come inesistente giuridicamente. Ciò si verifica quando sia fatta

(1) V. Coin-Delisle, *Donat. et testam.*, art. 906, n. 1, 2; Demolombe, t. XVIII, n. 579; Aubry e Rau, t. VII, § 649, n° 1; Laurent, t. XI, n. 158.

una donazione a beneficio d'una corporazione o di una istituzione, che sebbene esistente di fatto, non sia però legalmente riconosciuta come corpo morale. A queste corporazioni, comunità o stabilimenti manca allora la *personalità giuridica*, che sola potrebbe renderli idonei a divenire soggetto di liberalità; e perciò le donazioni a loro favore sono in diritto *impossibili*, e se di fatto avvengano, sono però da considerarsi giuridicamente *come non avvenute*, secondo le energiche espressioni usate in proposito da insigni giureconsulti (1).

Può accadere eziandio che l'ente voluto beneficare, non solo non esista in diritto, ma non possa esistere per una espressa proibizione di legge; e in tal caso tanto meno può dubitarsi che le donazioni fatte a favore di tali enti siano da riguardarsi come impossibili, come inesistenti giuridicamente. Ne porge esempio l'art. 1075 col dichiarare " nulla la donazione che ha per oggetto d'istituire " o dotare benefizi semplici, cappellanie laicali, od altre " simili fondazioni „; nella quale disposizione pertanto la parola *nullità* non può intendersi in altro senso che in quello di assoluta *inesistenza giuridica*.

Le altre cause d'incapacità a ricevere per donazione non producono l'inesistenza giuridica, ma la semplice *nullità* di essa; nullità però direttamente ed espressamente dichiarata dalla legge (art. 1055 cod. civ.), e non relativa soltanto al donatario, ma assoluta, cioè proponibile da chiunque vi abbia interesse, perchè a vantaggio appunto di tutti gli interessati è introdotta questa sanzione delle disposizioni di legge che vietano ad alcuni di poter ricevere per donazione. Così la nullità della donazione fatta ad un incapace può essere proposta, non solo dal donante stesso, e dopo la morte di lui, dai suoi eredi, ma eziandio *da ogni terza persona che abbia interesse* a far valere una tale

(1) V. Demolombe, t. XVIII, n. 586; Aubry e Rau, t. VII, § 649, nº 5.

nullità, e segnatamente dai creditori od aventi causa tanto del donante che dei suoi eredi (1).

Per ciò che riguarda la *capacità ad accettare la donazione*, il codice italiano ha sciolta con una disposizione espressa la grave questione che si agitava a questo proposito nella dottrina e nella giurisprudenza francese. A codesta questione dava luogo più specialmente l'art. 934 del codice Napoleonico, secondo cui " la donna maritata " non poteva accettare una donazione senza il consenso " del marito, o, nel caso del di lui rifiuto, senza l'auto- " rizzazione giudiziale, in conformità degli art. 217 e 219, " al titolo *Del matrimonio* „; e il codice italiano non ha una disposizione simile, chè anzi nell'art. 134 di esso si enumerarono tassativamente gli atti, pei quali volevasi che la donna maritata riportasse l'autorizzazione del marito, e pensatamente se ne esclusero quelli di acquisto a qualunque titolo, fosse poi oneroso o gratuito. Per altro, gli stessi dubbi si estendevano pure agli altri casi di persone non capaci ad accettare le donazioni che fossero fatte in loro favore; e di tali incapacità si occupa pure il nostro codice negli articoli 1059 e 1060.

I minori non emancipati e gl'interdetti non possono personalmente accettare le donazioni fatte a loro vantaggio, ma l'accettarle spetta al padre od al tutore (articolo 1059, § 1, cod. civ.); al padre, o in mancanza di lui, alla madre, alla quale sia passato l'esercizio della patria potestà, secondo l'art. 220 del codice civile, senza che occorra alcuna autorizzazione giudiziale, quand'anche la donazione non sia pura e semplice, ma onerosa; al tutore, ma allora coll'autorizzazione del consiglio di famiglia se la donazione sia soggetta a pesi o condizioni (art. 296 cod. civ.). Inoltre la madre, benchè viva ancora il padre, gli altri ascendenti, benchè siano ancora in vita i genitori, possono accettare la donazione pel minore o

(1) V. Aubry e Rau, t. VII, § 650*bis*, n° 1°, p. 55.

per l'interdetto, sebbene non ne siano tutori, e lo possono altresì quando il padre o il tutore medesimo sia il donante; ma in tali casi è necessaria l'autorizzazione del tribunale civile, che può anche nominare per l'accettazione altra persona (art. 1059, §§ 2° e 3° cod. civ.). Dal padre, dalla madre, dall'avo, o da qualunque altro degli ascendenti, possono negli stessi modi essere accettate le donazioni fatte in favore dei nascituri da una determinata persona vivente (art. 1059, § 4°, cod. civ.). Il minore emancipato ed il maggiore inabilitato possono accettare personalmente le donazioni fatte a loro profitto, intervenendo però il consenso dei loro curatori (art. 1059, § 5°, cod. civ.). Le donazioni fatte ai corpi morali non possono essere accettate, se non coll'autorizzazione del governo, da accordarsi nelle forme stabilite da leggi speciali (art. 1060, comb. col 932, cod. civ.).

L'inosservanza di queste disposizioni di legge può dar luogo a nullità in un duplice ordine di casi; prima di tutto quando dall'incapace stesso sia stato fatto quell'atto di accettazione, che secondo la legge avrebbe dovuto farsi dal suo legittimo rappresentante, o siano state ommesse dall'incapace medesimo le forme abilitanti che la legge gli prescriveva, e così la donazione fatta al minore non emancipato od all'interdetto sia stata accettata personalmente da lui, non dal padre o dal tutore, o il minore emancipato od il maggiore inabilitato abbia fatto l'atto di accettazione senza il consenso del curatore, o il corpo morale senza l'autorizzazione del governo; in secondo luogo quando il rappresentante legale dell'incapace non abbia adempite le formalità prescritte dalla legge, e, per esempio, il tutore abbia accettata pel minore o per l'interdetto una donazione soggetta a pesi o condizioni, senza esservi autorizzato dal consiglio di famiglia, ovvero la madre o gli ascendenti, nei casi contemplati dai paragrafi secondo e terzo dell'art. 1059, il padre, o la madre, o gli ascendenti, nell'altro caso previsto dal § 4° del me-

desimo articolo, abbiano accettata la donazione fatta al minore, o all'interdetto, o al nascituro, senz'avere riportata la necessaria autorizzazione dal tribunale civile.

Ora, per casi simili contemplati in corrispondenti disposizioni del codice francese, fu vivissima tra gli autori, nè ancora è finita, la disputa per determinare se l'inosservanza della legge produca una vera *inesistenza giuridica*, o soltanto una nullità, ma *assoluta*, o piuttosto una semplice *nullità relativa della donazione.* Lo scopo principale è veramente di stabilire se al solo donatario, ovvero anche al donante od a chi lo rappresenti quale erede od avente causa, spetti la facoltà d'impugnare come nulla la donazione, che non sia stata accettata pel donatario incapace dalle persone e nelle forme che la legge ha prefisse. E intorno a ciò la discordia, che ancora si trova nelle opinioni dei moderni giureconsulti, non è che una continuazione di quella verificatasi parimente tra gli antichi, i quali pure si dividevano in due campi opposti, sostenendo alcuni che la nullità non potesse essere in questi casi che *relativa al donatario*, mentre altri la reputavano *assoluta*, e proponibile quindi anche dal donante stesso e dai suoi eredi ed aventi causa.

La prima di queste opinioni, professata dal Pothier e da altri, parrebbe veramente la più conforme ai principii generali di diritto. Le disposizioni di legge, che regolano l'accettazione di donazioni fatte a favore di minorenni, d'interdetti, d'inabilitati, subordinandola all'adempimento di certe formalità, dipendono dallo stato d'incapacità civile di queste persone, ed hanno uno scopo tutto di protezione a vantaggio di esse. Ora, è massima fondamentale che le disposizioni di legge concernenti l'incapacità personale, e la nullità degli atti compiuti in contravvenzione a quelle disposizioni non possano invocarsi, fuorchè dagli stessi incapaci, alla cui protezione mirano, non mai dalle persone capaci, con cui essi abbiano contrattato (art. 1107, cod. civ.). A questa regola generale per tutti i contratti,

perchè avrebbesi a fare eccezione per quelli di donazione? Perchè permetterebbesi al donante ed ai suoi successori di approfittare dell' incapacità personale del donatario, onde privare di effetto una donazione realmente accettata da lui o da chi lo rappresentava, prendendone a pretesto l'inosservanza, nel relativo atto, di quelle formalità che nell'interesse dell'incapace medesimo erano prescritte? Tali, in breve, sono le considerazioni principali, che farebbero ritenere relativa al donatario la nullità della donazione fatta a profitto di un' incapace, se nell'atto di accettazione di essa non fossero state adempite le formalità abilitanti stabilite dalla legge (1).

Per l'opinione contraria, sostenuta anche nell'antico diritto francese da gravi autorità, specialmente di Ricard, Furgole e Rousseau de Lacombe, sono stati addotti argomenti importanti anche da molti autori che scrissero sul codice napoleonico. Dei quali argomenti, alcuni tenderebbero a stabilire che in mancanza delle formalità abilitanti prescritte dalla legge per l'accettazione di donazioni fatte a favore di persone incapaci, le donazioni medesime fossero da considerarsi come *assolutamente inesistenti in diritto*, e tale infatti è la conclusione a cui qualcuno di quegli autori giunge espressamente. Altri argomenti s'aggiungono poi per escludere almeno che la nullità in questi casi sia *relativa* al solo donatario, per dimostrarla proponibile anche dal donante e dai suoi eredi od aventi causa, e quindi *assoluta*.

Quanto al primo degli accennati ordini di considerazioni, si osserva principalmente:

1° che nelle donazioni, a differenza degli altri contratti ordinari, l'accettazione non è da riguardarsi sotto il semplice aspetto del nudo consenso, poichè deve farsi

(1) V. Pothier, *Tr. des obl.*, n. 52; Toullier, t. V, n. 193, 196; Duranton, t. VIII, n. 435, 437; Valette sur Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. II, p. 479, nª (*a*); Marcadé, art. 935, § V, t. III, n. 650, ss.; Mourlon, *Rép. ecr.*, t. II, p. 285; Demolombe, t. IV, n. 348, t. XX, n. 219.

sotto certe condizioni e con certe forme, dal legislatore prescritte con quel rigore che ha creduto di dover porre nel regolare questa materia considerata con poco favore, perchè tende a spogliare le famiglie, e ad introdurre nella distribuzione dei beni odiose disuguaglianze; che infatti, anche rispetto ai donatari pienamente capaci a consentire, la legge esige, derogando ai principii comuni, un'accettazione fatta in atto pubblico, dal donatario stesso personalmente, o da persona da lui munita di procura per atto autentico (art. 1058 cod. civ.); che dunque la *capacità di accettare* non può confondersi in questa materia colla *capacità a prestare il consenso*, ma le condizioni prescritte per l'accettazione fanno parte di quelle *solennità* che la legge ha stabilite come elementi di essenza della donazione, e in mancanza delle quali la donazione stessa deve quindi reputarsi *inesistente in diritto*;

2° che i rappresentanti legali di persone incapaci — genitori esercenti la patria podestà, od altri ascendenti, o tutori — accettando le donazioni fatte in favore dei loro rappresentati, senz'avere adempite le necessarie formalità abilitanti, agiscono fuori dei limiti del loro mandato, epperò compiono un atto che non può avere alcun valore giuridico.

Nel secondo ordine di considerazioni si aggiunge:

3° che essendo carattere distintivo della donazione la irrevocabilità (art. 1050 cod. civ.) questa deve verificarsi non solo pel donante, ma eziandio pel donatario, talchè non sarebbe ammissibile che il donante fosse vincolato dall'accettazione della sua liberalità, qualora al donatario rimanesse aperta la via per sciogliersi dagli effetti dell'accettazione medesima; e conseguentemente se questa, per vizi di forma, possa essere impugnata dal donatario, deve pure essere impugnabile dal donante stesso, dai suoi eredi, dai suoi aventi causa;

4° che a questo concetto è infatti conforme la disposizione espressa del legislatore, allorchè dichiara essere

perfetta la donazione, mediante il solo consenso delle parti, *quando sia debitamente accettata* (art. 938 codice francese, 1062 codice italiano); dal che risulta dunque che la donazione accettata senza le forme prescritte è *imperfetta*, è *nulla*, ed ogni interessato può opporre questa imperfezione, questa nullità;

5° che nei contratti ordinari la nullità derivante dalla incapacità d'uno dei contraenti deve essere *relativa*, perchè è stabilita nel solo interesse dell'incapace medesimo; ma nelle donazioni è implicato un interesse generale, di moralità pubblica, e l'attribuire l'azione di nullità ai soli incapaci costituirebbe una sanzione illusoria, perchè il donatario non obbligandosi generalmente a nulla, non avrebbe alcuno interesse a promuovere la dichiarazione di nullità (1).

Le ragioni sopra riferite, dalle quali si vorrebbe dedurre la inesistenza giuridica delle donazioni fatte a favore d'incapaci, qualora l'accettazione non ne sia seguita nelle forme stabilite dalla legge, non sembrano decisive.

Il legislatore ha richieste forme solenni per l'atto di donazione; le ha richieste pure per quello di accettazione, quando avvenga separatamente, prescrivendo l'atto pubblico, e che l'accettazione si faccia personalmente dal donatario, o in nome di lui da persona munita di procura per atto autentico esprimente la facoltà di accettare quella determinata donazione, o di accettare donazioni in genere (art. 1057, 1058 cod. civ.). E non è dubbio che la mancanza di queste forme solenni produrrebbe l'inesistenza giuridica dell'atto. Ma tutto ciò riguarda appunto l'atto di donazione in se stesso, indipendentemente da qualsiasi

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Donation*, *Sect.*, IV, n. 4, v° *Mineur*, § 7, n. 1, 2; Grénier, *Tr. des donat.*, t. I, n. 61 *bis*; Delvincourt, t. II, p. 72, n° 4; Proudhon, *Tr. sur l'état des pers.*, t. II, p. 479; Duverzier sur Toullier, t. III, n. 193, n° (*a*): Coin-Delisle, *Comm. anal.*, L. III, Tit. II, *Don. et testam.*, art. 935, n. 20: Demonte, *Cours anal.*, t. IV, n. 73 *bis*; Troplong, *Don et testam.*, t. III, n. 1118, 1119, 1126; Aubry e Rau, t. I, § 113, n° 10, t. VII, § 652, n° 12; Laurent, *Principes de dr. civ. fr.*, t. XII, n. 258, 259; *Cours élémentaire*, t. II, n. 260.

considerazione alle persone del donante e del donatario, ed allo stato di capacità od incapacità in cui quest'ultimo si trovi costituito. Quando invece la legge regola le condizioni e le forme per l'accettazione di donazioni fatte a persone incapaci, non è più in questione la solennità dell'atto di donazione, ma lo stato del donatario e la capacità di lui ad accettare la liberalità; e le forme stesse, che la legge prescrive, non hanno per oggetto di costituire l'essenza giuridica della donazione in sè, ma d'integrare la capacità legale dell'accettante. Il dire adunque che l'inosservanza di queste forme produca mancanza della solennità che è di essenza dell'atto di donazione, è quanto confondere la forma estrinseca sostanziale dell'atto medesimo, colle forme abilitanti necessarie per integrare la capacità personale di chi accetta la donazione; l'inadempimento delle quali forme lasciando sussistere la incapacità, dovrebbe, secondo i principii generali, dar luogo soltanto ad una *nullità relativa all'incapace* stesso.

Il dire poi che il rappresentante dell'incapace, accettando nell'interesse di questo la donazione fattagli, senza esservi autorizzato nei modi di legge, ecceda i limiti del proprio mandato, non pare esatto. Il genitore esercente la patria podestà, o il tutore, hanno dalla legge il mandato di rappresentare il minore non emancipato o l'interdetto in tutti gli atti della vita civile, in quello di accettare una donazione, come in qualunque altro (art. 224, 277 cod. civ.). Accettando la donazione fatta all'incapace, senz'adempiere le formalità abilitanti dalla legge prescritte, non agiscono oltre le facoltà ad essi conferite, ma le esercitano in modo difforme da quello che la legge ha stabilito; ciò che può dar luogo bensì ad opporre la nullità dell'atto di accettazione, ma non giustificherebbe il riguardare come inesistente in diritto l'atto di donazione.

Gli altri argomenti, diretti a dimostrare, se non l'inesistenza giuridica, almeno la nullità assoluta delle donazioni fatte a pro d'incapaci, qualora nell'accettazione di esse non

siano state osservate le forme abilitanti prescritte dalla legge, potrebbero anch'essi in teoria essere soggetti a contraddizione.

Che la *irrevocabilità* sia carattere distintivo ed essenziale della donazione, non può mettersi in dubbio; poichè la legge stessa lo dichiara espressamente (art. 1050 cod. civ.). Esso però è carattere comune a tutti i contratti (art. 1123 cod. civ.), che nondimeno in molti casi sono impugnabili di *nullità relativa*. Or perchè dovrebbe questa escludersi, allorquando l'annullamento dipenderebbe dallo stato d'incapacità personale del donatario, pel solo motivo della irrevocabilità della donazione? È vero che il principio della irrevocabilità fu stabilito per le donazioni con una disposizione speciale e distinta, nel già citato articolo 1050. Con ciò però non s'intese di attribuire a quel principio caratteri differenti, e conseguenze maggiori di quelle che ne derivano negli altri contratti ordinari. Di quella dichiarazione espressa e speciale si ebbero tutt'altri motivi. Si volle dimostrare la differenza sostanziale tra le disposizioni testamentarie, *essenzialmente revocabili* (art. 759 cod. civ.), e le donazioni, che al contrario sono *essenzialmente irrevocabili*. Si vollero proscrivere con una esplicita proibizione quelle liberalità, che nelle loro clausole contenessero il germe della facoltà riservatasi dal donante di potere, anche indirettamente, ritrattare la liberalità stessa; e in questo senso fu poi dichiarato nell'art. 1066 essere " nulla qualunque donazione fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipenda dalla sola volontà del donante „. Perciò fu giustamente osservato dai signori Aubry e Rau, nel luogo già sopra citato, che " il principio della irrevocabilità special-" mente stabilito dalla legge in materia di donazioni fra " vivi, concerne assai meno il donatario che il donante „. E quando altri sostengono in contrario doversi la irrevocabilità verificare ugualmente tanto per l'una che per l'altra delle due parti, affermano cosa meno esatta; poichè mentre il donante rimane immutabilmente obbligato dalla

sua liberalità, nè può più ritrattarla dal giorno in cui viene accettata (art. 1057 cod. civ.), si ammette invece che al donatario, non ostante l'accettazione da lui fatta, rimanga la facoltà di rinunziare, se il voglia, alla donazione, salvo il caso che siasi specialmente obbligato all'adempimento di oneri inerenti alla donazione stessa (1). Del resto, anche indipendentemente da questa considerazione, anche ammettendo che la irrevocabilità fosse da considerarsi come identica tanto pel donante quanto pel donatario, non si potrebbe dedurne la conseguenza che l'azione di nullità competente all'uno dovesse necessariamente essere esercibile anche dall'altro. Con ciò si confondono manifestamente due cose essenzialmente distinte, la *revocabilità* e l'*annullazione*. L'irrevocabilità della donazione s'intende nel senso che la revocazione non possa dipenderne dalla sola volontà del donante. L'annullamento non può derivare che da qualcuna delle cause determinate espressamente o virtualmente dalla legge. Ed ammettendo pure che il donatario, al pari del donante, dovesse riguardarsi come vincolato irretrattabilmente dalla donazione, dal momento in cui l'avesse resa perfetta mediante l'accettazione sua; ciò non osterebbe certamente a poter dire che la donazione fosse irrevocabile per amendue le parti, non potendone la revocazione dipendere dalla sola volontà di alcuna di loro, quantunque poi per una causa diversa, dipendente da disposizione della legge, l'una o l'altra delle parti medesime, od amendue potessero far annullare l'altra.

Restano gli altri due argomenti; l'ultimo dei quali ha incontestabilmente una importanza notevole in diritto costituendo; inquantochè ne risultano gravi motivi per derogare in materia di donazioni ai principii generali riguardanti la nullità semplicemente *relativa* degli atti compiuti da persone incapaci, o per esse dai loro rappresen-

---

(1) V. Troplong, *Des donat. entre-vifs et des testam.*, t. I, n. 64-70; Aubry e Rau, t. VII, § 646, n° 1°, n° 5.

tanti, senza l'adempimento delle formalità abilitanti prescritte dalla legge. Il non essere proponibile tale nullità dall'altra parte contraente capace di obbligarsi, dipende da ciò, che le disposizioni di legge, dalle quali è stabilita la incapacità, e conceduta la conseguente azione di nullità degli atti, hanno in mira l'esclusivo interesse degl'incapaci medesimi. Ora invece le regole prescritte dal legislatore circa l'accettazione di donazioni fatte a favore di minori, d'interdetti, d'inabilitati, hanno anche uno scopo d'interesse generale, di moralità pubblica. Il che dunque può giustificare che l'esercizio dell'azione di nullità dell'atto, in caso d'inosservanza di queste regole, si conceda a qualunque persona interessata, acciocchè la sanzione delle regole stesse divenga più efficace nell'interesse generale. E veramente non può negarsi la giustezza della osservazione, che qualora l'azione di nullità in questi casi non sia data che ai soli donatari incapaci, la sanzione della legge diviene pressochè illusoria, perchè generalmente il donatario non assumendo coll'accettazione della liberalità altrui veruna obbligazione, non ha interesse a promuovere l'annullamento della donazione.

Furono questi forse i motivi che indussero il legislatore italiano a risolvere colla disposizione dell'art. 1061 la grave controversia che teneva divise le opinioni, e risolverla nel senso della *nullità assoluta*. Tale infatti è il significato di quella disposizione, in cui è detto che " se l'accettazione " non è fatta nei modi stabiliti negli articoli precedenti, la " nullità della donazione può essere opposta anche dal " donante, dai suoi eredi od aventi causa ". Nè certamente potrebbero interpretarsi queste parole nel senso di un'assoluta *inesistenza giuridica della donazione*, ripugnandovi la espressione di *nullità che può essere opposta* dalle persone in quell'articolo nominatamente indicate. Ma poichè vi si enumerano, oltre al donante ed ai suoi eredi, anche *gli aventi causa* di lui, è chiaro che vi si vengono a comprendere tutti coloro che di fatto possono avere interesse a

proporre la nullità della donazione, e che quindi tale nullità è *assoluta*.

Con ciò poi concorda quanto è soggiunto nel seguente articolo 1062, che la donazione non diviene PERFETTA *tra le parti*, se non quando sia *debitamente accettata*; poichè non essendolo qualora l'accettazione sia fatta in nome del donatario incapace, senza l'adempimento delle formalità richieste dalla legge, la donazione rimane allora *imperfetta*, cioè viziata d'una nullità assoluta, proponibile da ciascuna delle parti stesse, dai loro eredi, dai loro aventi causa, sulla base d'un legittimo interesse. La massima stabilita nel predetto art. 1061 comprende indubbiamente, secondo i termini stessi in cui è formulata, anche il caso contemplato nel precedente art. 1060; il caso, cioè, di donazioni fatte a corpi morali, ed accettate dai rispettivi amministratori senza averne ottenuta dal Governo la necessaria autorizzazione nelle forme stabilite dalle leggi speciali. Ed allora la ragione della *nullità assoluta* è più evidente, trattandosi d'incapacità e di nullità fondate su motivi d'ordine pubblico (1).

Il consenso è un altro requisito indispensabile nelle donazioni, come in ogni contratto; e la mancanza o la imperfezione di esso può quindi far luogo, secondo i casi, all'inesistenza giuridica od all'annullabilità delle donazioni medesime.

Se non vi è stata dalla parte del donante una vera manifestazione della volontà di spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario, non può esservi quell'atto di spontanea liberalità, che costituisce l'essenza della donazione; la quale perciò non esiste giuridicamente. Se non vi è stata dalla parte del donatario la manifestazione della volontà di accettare la liberalità fattagli, rimarrà nondimeno la pollicitazione del donante, ma la donazione, come contratto perfetto produ-

(1) V. DEMOLOMBE, t. XX, n. 220.

cente obbligazione pel donante e trasmissione della proprietà degli effetti donati, non potrà ancora dirsi esistente in diritto.

Quando invece sia stato realmente prestato il consenso d'amendue le parti, ma codesto atto di loro volontà si trovi viziato da errore, da violenza o da dolo, la donazione, quantunque esistente giuridicamente, sarà *annullabile*. Poichè sono annullabili per queste cause i contratti ordinari, non potrebbe non esserlo quello di donazione; il quale anzi richiede per la natura sua una libertà di spirito, una pienezza di determinazione più completa ancora che nelle convenzioni interessate per amendue le parti contraenti. Gli articoli 1108 al 1115 del codice civile sono dunque applicabili anche alle donazioni (1). Solo è da avvertirsi che talvolta l'*errore* può essere tale da rendere non solo imperfetto il consenso, ma da doverlo far considerare come assolutamente mancante; ed allora la donazione non dovrebbesi riguardare come annullabile, ma come affatto inesistente in diritto. Così, per ciò che riguarda l'errore sulla persona del donatario, se si verificasse il caso che il donante non avesse inteso di beneficare colui che nominava, ma una persona diversa, la liberalità dovrebbe riguardarsi come inesistente; poichè in riguardo a quest'ultima persona mancherebbe il titolo, in riguardo all'altra mancherebbe la volontà del donante; mentre invece se l'errore cadesse, non sulla identità della persona donataria, ma sopra una qualità erroneamente suppostale dal donante, e senza la quale fosse provato che non avrebbe voluto beneficarla, la donazione sarebbe soltanto *annullabile* (2).

Parimente, qualora l'errore cadesse sulla identità dell'oggetto, di cui il donante intendeva spogliarsi a beneficio del donatario, o sulla causa specifica che determinava il donante alla liberalità, risultando chiaramente dai termini

(1) V. Demolombe, t. XVIII, n. 378, ss.; Aubry e Rau, t. III, § 651, n° 2.

(2) V. Troplong, *Des don. et des testam.*, t. I, n. 501, 502; Demolombe, t. XVIII, n. 390, 391; Aubry e Rau, t. VII, § 651, n° 3.

dell'atto ch'egli avesse inteso di subordinarne l'efficacia a quel determinato motivo, che lo induceva a donare, la donazione sarebbe da riguardarsi, non come annullabile soltanto, ma come inesistente; poichè mancherebbe la volontà di spogliarsi della cosa a profitto del donatario (1).

Indipendentemente dalla supposizione di un errore, nel quale il donante sia incorso relativamente all'oggetto della sua liberalità, può darsi che tale oggetto non esista in natura, o che per disposizione di legge non sia suscettibile di formar materia d'atti di alienazione in genere, o di quello di donazione in ispecie. Nel primo dei quali casi — quando, per esempio, taluno abbia donata una cosa, che a sua insaputa era già totalmente perita — non può essere dubbia la inesistenza giuridica della donazione. L'articolo 1104 del codice civile annovera l'oggetto tra i *requisiti essenziali per la validità di un contratto*; ciò che implicherebbe veramente una certa contraddizione nei termini, perchè la mancanza d'una *condizione essenziale* per la formazione d'un contratto deve avere per conseguenza naturale e necessaria che il contratto non possa dirsi formato, che debba riguardarsi come non avvenuto, che non produca alcun effetto, in altre parole che si reputi *inesistente in diritto*, non già solo che se ne possa *impugnare la validità*. " Questo prova — come osserva giustamente un " autore — quanto sia incerta ancora la teoria della ine- " stenza dei contratti; ma, sotto il punto di vista dei prin- " cipii, non può esservi dubbio; non vi è contratto, nè " quindi donazione possibile, senza un oggetto " (2).

Se poi anche non manchi assolutamente e fisicamente l'oggetto della donazione, ma esso consista in cose che per legge non ne siano suscettibili, non si può nondimeno giungere ad una conclusione diversa, e considerare la donazione come semplicemente nulla od annullabile; anzichè

(1) V. Troplong, *loc. cit.*, n. 500; Demolombe, t. XVIII, n. 392, 393; Aubry e Rau, t. VII, § 651, nº 4.
(2) V. Laurent, t. XII, n. 219; Aubry e Rau, t. IV, § 344, nº 5.

come affatto inesistente in diritto. Non potendo formare oggetto della donazione la cosa che il donante avrebbe voluto trasferire al donatario, ciò si risolve manifestamente in una vera mancanza di oggetto. " Le sole cose che sono " in commercio possono formare oggetto di contratto „ (art. 1116 cod. civ.) e quindi anche di donazione. Or se sia donata una cosa che per legge sia posta fuori di commercio, l'atto sarà da considerarsi come non avvenuto, come inesistente giuridicamente (1). La legge vieta qualunque stipulazione intorno ad una successione non ancora aperta (art. 1118, § 2° cod. civ.), ed in questa proibizione generale è compresa pure la donazione di cose particolari, che siano considerate come doventi far parte d'una tale successione. La violazione di questa disposizione di legge dovrebbe dunque far riguardare come non avvenuta, come inesistente in diritto la donazione stessa (2). Le cose future possono, generalmente, formare oggetto di contratto (articolo 1118 § 1° cod. civ.); ma per una disposizione affatto speciale per la donazione, essa " non può comprendere che " i beni presenti del donante; e *se comprende beni futuri, è* " *nulla riguardo a questi* „ (art. 1064 cod. civ.). Il testo parla di *nullità;* e in ciò si riscontra un'altra volta quel difetto di precisione nel linguaggio, che è conseguenza del non essere ancora entrata nella convinzione di tutti la teorica della distinzione tra inesistenza giuridica e semplice nullità degli atti. Secondo i principii, per altro, non si può mettere in dubbio che chi dona beni futuri, beni che non possiede al tempo del contratto, ma che potrà acquistare in seguito, non dona veramente nulla, poichè non potendo quei beni, in forza dell'espressa proibizione della legge, formare materia della donazione, essa manca realmente di oggetto. E quando il codice, nell'art. 1064, figurando una donazione, che insieme a beni presenti ne comprenda anche

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 344, p. 345.
(2) V. Aubry e Rau, t. IV, § 344, nª 15.

dei futuri, la dichiara *nulla riguardo a questi,* parla di nullità nel senso, non di un atto che produca effetti giuridici, e solo possa essere impugnato per farlo annullare nella parte riguardante i beni futuri, ma nel senso di un atto che è da riguardarsi *come non avvenuto,* e non può quindi produrre alcun effetto, relativamente ai beni futuri compresi nella donazione.

L'obbligazione *senza causa*, o fondata sopra una *causa illecita*, perchè contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico, *non può avere alcun effetto* (art. 1119, 1122 cod. civ.); ed è quanto dire che non è semplicemente nulla od annullabile, ma *assolutamente inesistente.* È ciò applicabile anche alla donazione? Per essa non si richiede veramente una causa speciale d'obbligazione, un motivo giuridico particolare che abbia determinato il donante; il solo animo di beneficare è causa sufficiente dell'atto, e basta la libera determinazione di esercitare una liberalità, senza bisogno che consti d'altri motivi. Ma può darsi pure che un motivo giuridico particolare abbia di fatto determinata la volontà del donante, che non avrebbe senza di quello beneficato il donatario; e se ciò risulti dall'atto medesimo di donazione, e se d'altra parte si verifichi che quel motivo particolare sia illecito, perchè contrario alla legge, o al buon costume o all'ordine pubblico, mancherà giuridicamente la causa della donazione, la quale perciò non potrà considerarsi come esistente in diritto (1).

A quest'ordine d'idee, che il motivo particolare, dal quale il donante sia stato determinato alla liberalità, e senza cui non avrebbe beneficato, sia da guardarsi come una cosa stessa colla causa della donazione, è conforme la disposizione dell'articolo 1068 del codice civile, che nel caso di un motivo perfettamente lecito, ma non verificatosi in fatto, dichiara *inesistente* la donazione. Quando essa sia fatta in

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VII, § 651, nª 8; Laurent, t. XI, n. 506, t. XII, n. 219.

contemplazione d'un futuro matrimonio, del quale non si verifichi poi la celebrazione, o che essendo stato contratto, venga annullato, il legislatore dichiara nel citato articolo che la donazione *è senza effetto;* nè avrebbe potuto usare una espressione più energica per proclamare che quell'atto non ha alcuna vita giuridica, è inesistente; chè gli atti semplicemente nulli non sono assolutamente privi di effetto, anzi producono legalmente quelli che sono proprii della natura loro, finchè la nullità non sia dichiarata giudizialmente. Il codice francese nel corrispondente articolo 1088 si esprimeva diversamente, dicendo che " Qualunque do- " nazione fatta in contemplazione del matrimonio sarà " *caduca*, se il matrimonio non segue ". Il matrimonio, in riguardo del quale la donazione era fatta, si considerava costituirne la *condizione;* e perciò, se questa veniva a mancare, si diceva *caduca* la donazione. Il nostro legislatore ha più esattamente considerato il matrimonio come *causa* dalla donazione fatta in contemplazione di esso; e conseguentemente, pel caso che il matrimonio non segua, ha dichiarato che la donazione *è senza effetto*, perchè manca di causa, requisito essenziale per la esistenza giuridica della donazione, come d'ogni altro contratto. Pel resto, la differenza è veramente di maggiore esattezza nel concetto e nel linguaggio, più che degli effetti: perchè anche quando si tratti di condizione, e questa venga a mancare, l'obbligazione che vi era subordinata e i diritti correlativi sono da considerarsi *come non mai esistiti*. Al caso del *matrimonio non celebrato* è poi da parificarsi completamente in questo rapporto l'altro caso del *matrimonio annullato;* poichè, una volta pronunciato dai giudici l'annullamento, quel matrimonio si reputa in diritto non aver mai avuto esistenza, salvi gli effetti che eccezionalmente possono esserne conservati a senso dell'art. 116 — a cui anche l'art. 1068 del codice civile espressamente si riferisce — e salvi i *diritti acquistati in buona fede dai terzi nel tempo intermedio*, diritti che lo stesso articolo 1068 ha voluto mantenere illesi, per pro-

teggere con un favore eccezionale la buona fede, appunto, e la sicurezza delle contrattazioni (1).

Le modalità, a cui le donazioni siano sottoposte, possono dar luogo talvolta a doverle considerare come assolutamente inesistenti in diritto, tal altra come semplicemente impugnabili per nullità. Più spesso è anzi questa ultima la sola conseguenza del riscontrarsi inattuabili legalmente talune condizioni, che ad una donazione siano apposte; poichè ciò non toglie che concorrano gli elementi essenziali per dar vita giuridica al contratto di donazione, sebbene l'esser esso subordinato a quelle date modalità, che non possono avere efficacia in diritto, giustifichi il potersi chiedere l'annullamento della donazione stessa.

L'articolo 1065 del nostro codice dichiara " *nulla* qualunque donazione fatta sotto condizioni impossibili, o contrarie alla legge od al buon costume " mentre nell'articolo 849 ha stabilito invece che " nel testamento *si hanno per non apposte* le condizioni impossibili, e quelle contrarie alle leggi od al buon costume ".

Il codice francese estendeva quest'ultima massima anche alle donazioni, dicendo nell'art. 900 che " *In qualunque disposizione tra vivi o d'ultima volontà, si avranno per non iscritte le condizioni impossibili, e quelle che sono contrarie alle leggi o al buon costume...* "

Può sorgere quindi nel diritto nostro un dubbio, a cui non dava luogo la disposizione del codice Napoleonico. Supponendo che ad una donazione si trovi apposta una condizione impossibile, o contraria alle leggi od al buon costume, ne deriverà la semplice nullità, o l'assoluta inesistenza giuridica della donazione stessa? Devono applicarsi in questo rapporto — non essendovi ragione alcuna di differenza — gli stessi principii che valgono per le obbligazioni ed i contratti in genere; rispetto ai quali

(1) Confr. Troplong, *Don. et testam.*, t. IV, n. 2495, 2496.

è precisamente detto, nell'articolo 1160 del codice civile, che " Qualunque condizione contraria al buon costume " od alla legge, o che impone di fare una cosa impos- " sibile, è nulla e rende nulla l'obbligazione da essa di- " pendente „.

Ora, bisogna distinguere la *impossibilità fisica*, derivante dalle leggi della natura, dalla *impossibilità giuridica*, che si verifica allorchè la condizione abbia per oggetto un fatto al cui compimento si oppongano leggi positive non derogabili, o l'ordine pubblico, o il buon costume; e nella prima ipotesi bisogna ancora guardarsi dal confondere le condizioni *impossibili in modo assoluto*, con quelle il cui adempimento sia soltanto impedito da cause insuperabili relative alle persone, alle circostanze, ai mezzi di azione coi quali il fatto contemplato dovrebbesi effettuare. Se la impossibilità fisica è assoluta — come nel famoso esempio, dato dal Pothier, della promessa d'una somma, purchè si faccia un triangolo senz'angoli — è certo che il contratto è *inesistente*, per mancanza di consenso, non essendo supponibile la volontà seria di obbligarsi in chi abbia apposta una simile condizione. Ciò è manifesto per la donazione, come per qualunque altro contratto. Ma se si tratta invece d'una impossibilità semplicemente relativa, non si può dire che il consenso manchi; quantunque sia stato subordinato ad un avvenimento, che si provi non potersi di fatto verificare per impedimenti irreparabili ed esistenti sin dal momento stesso in cui si formava il contratto. La donazione, pertanto, subordinata ad una tale condizione, dovrà ritenersi esistente in diritto; e solo sarà soggetta ad annullamento qualora si provi la impossibilità relativa del fatto formante oggetto della condizione stessa, la quale prova potrà infatti dar luogo a contestazioni, e non di rado presentare non lievi difficoltà.

Quando poi si tratti d'impossibilità non fisica, ma giuridica, cioè d'una condizione illecita o immorale, è pur chiaro che la donazione, a cui una simile condizione sia

apposta, non può considerarsi come *inesistente in diritto;* poichè nessuno degli elementi essenziali per costituire la donazione può dirsi mancante. L'atto di spontanea liberalità del donante, quello di accettazione del donatario, le solennità essenziali nell'uno e nell'altro, la capacità personale d'amendue le parti, l'oggetto, la causa della donazione; tutto ciò supponiamo che esista. Le condizioni, alle quali il donante abbia voluto subordinare la propria liberalità, sono semplici modalità di essa, non elementi essenziali; e l'essere inattuabili queste modalità, se giustifica che si possa far dichiarare nulla anche la donazione a cui erano apposte, perchè senza di esse il donante non avrebbe consentito a spogliarsi della cosa sua in favore del donatario, non dà però ragione di dire che non sia esistito mai quell'atto di liberalità, che in realtà fu fatto, sebbene aggiungendovi una modalità che ha dato motivo a farlo annullare. In ciò vi ha una differenza notevole tra gli effetti d'una *causa illecita* di donazione, e quelli d'una *condizione illecita* od immorale, che vi sia apposta.

" Non bisogna confondere — osservò giustamente un " illustre giureconsulto — la condizione illecita colla causa " illecita... Dev' esservi una causa in ogni contratto: in " mancanza di che, esso non esiste, e non può, per con- " seguenza, produrre alcun effetto... La condizione, invece, " è una semplice modalità del contratto, è quindi un " elemento accidentale... *La condizione illecita trae seco la* " *nullità del contratto, mentre la causa illecita ne produce la* " *inesistenza...* „ (1).

Non dubitiamo pertanto di ritenere che tanto l'articolo 1065 quanto il 1160 del nostro codice, allorchè in relazione alle condizioni impossibili giuridicamente dichiarano *nulle* le donazioni o le obbligazioni, in genere, dipendenti da tali condizioni, debbano intendersi nel senso della semplice nullità, per cui quegli atti o contratti pos-

---

(1) V. Laurent, t. XVII, n. 39, p. 60.

sono essere impugnati, non di un'assoluta inesistenza giuridica di essi.

Altre disposizioni del nostro codice possono ancora lasciar luogo a dubitare se la nullità della donazione, da esse dichiarata per certi casi, non sia, piuttostochè una semplice nullità vera e propria, un'assoluta inesistenza giuridica della donazione medesima.

Così l'articolo 1066 dichiara " nulla qualunque donazione *fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipenda dalla sola volontà del donante* ".

La quale disposizione va posta in raffronto coll'altra dell'articolo 1162, in cui trattando delle obbligazioni e dei contratti in genere, si dice " nulla l'obbligazione *contratta sotto una condizione, che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato* ".

Apparentemente anzi la massima proclamata nell'articolo 1066 potrebbesi reputare una semplice applicazione alle donazioni del principio generale scritto nell'art. 1162. Eppure non è così, e i due articoli contemplano realmente due ipotesi diverse. Il 1162 riguarda le condizioni che diconsi *meramente potestative*, quelle cioè che *fanno dipendere dalla sola volontà del promittente il vincolo stesso della obbligazione*. È chiaro allora, che il promittente non obbligandosi fuorchè subordinatamente a manifestazioni future della sua volontà, non contrae in realtà attualmente alcun vincolo di diritto; ond'è che la legge, quando dichiara in questo caso nulla l'obbligazione, intende che veramente *non esiste obbligazione giuridica*. E ciò è necessariamente da ritenersi per la donazione, come per qualunque altro contratto. Se il donante fa dipendere la sua liberalità, il vincolo obbligatorio che contrae, la trasmissione della proprietà degli effetti donati al donatario, dalla *mera sua volontà futura;* è evidente che *non si spoglia attualmente ed irrevocabilmente delle cose donate*, che dunque manca il primo ed essenziale elemento giuridico costitutivo della donazione, secondo la definizione datane nel-

l'articolo 1050, e perciò non si può in questo caso parlare di semplice *nullità*, per la quale sia impugnabile una donazione esistente, ma bisogna riconoscere che *non sussiste* affatto la donazione.

L'articolo 1066 riguarda invece le *condizioni potestative* nel vero e proprio senso della parola, come son definite nell'articolo 1159; quelle cioè *il cui adempimento dipenda dalla volontà del donante*, senzachè da un mero atto di volontà propria futura voglia egli far dipendere il vincolo stesso obbligatorio della donazione. Ora queste condizioni potestative, perfettamente ammissibili nei contratti ordinari, sono invece vietate in riguardo alle donazioni, di cui producono la nullità qualora vi siano apposte. E questo maggior rigore si è usato, questa eccezione si è fatta ai principii di diritto comune, allo scopo di mantenere più fermo il principio d'*irrevocabilità delle donazioni*; e privando i donanti della possibilità di distruggere con un loro fatto od una loro omissione gli effetti della loro liberalità, renderli più guardinghi nell'usarla e limitare il numero delle donazioni, che vengono considerate con occhio di sfavore, pel danno che possono produrre alle famiglie, pel disordine che possono arrecare nella distribuzione dei beni. Perciò le condizioni a cui, secondo l'art. 1066, non possono, sotto pena di nullità, essere subordinate le donazioni, devesi intendere che sieno tutte quelle, tanto sospensive quanto risolutive, le quali consistendo in un avvenimento che dipenda dalla sola volontà del donante il far verificare o mancare, lascino quindi direttamente o indirettamente in potere di lui di privare in tutto od in parte di effetto la donazione. Tale era la interpretazione che la dottrina prevalente dava al corrispondente articolo 944 del codice francese (1). E che gli autori del nostro codice abbiano

(1) V. Toullier, t. III, n. 270; Grénier, *Don. et testam.*, t. I, n. 8, ss.; Demante, *Cours anal. du cod. civ.*, t. IV, n. 86*bis*.; Marcadé, art. 944, § 1, t. III, n. 675; Troplong, *Don. et testam.*, t. III, n. 1207, ss.; Demolombe, t. XX, n. 418; Aubry e Rau, t. VII, § 699, nª 7; Laurent, t. XII, n. 408, 409.

voluto seguire questa dottrina, risulta dalla stessa diversità delle espressioni che usarono nei citati articoli 1066 e 1162, in confronto anche dei corrispondenti 944 e 1174 del codice francese. Questo nell'art. 1174 dichiarava " nulla l'ob-" bligazione *contratta sotto una condizione potestativa per* " *parte di colui che si è obbligato* „ e nel 944 diceva nulla la donazione *fatta sotto condizioni la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante*. Perciò poteva pensarsi, e qualche autore effettivamente sosteneva, che l'una e l'altra di quelle disposizioni riguardassero le stesse condizioni, e che l'articolo 944 non facesse che applicare la massima generale dell'articolo 1174 (1). Il nostro codice invece nell'articolo 1162 parla di condizioni che *facciano dipendere l'obbligazione* (cioè lo stesso vincolo giuridico di essa) *dalla mera volontà di colui* che si è obbligato; e la nullità, ivi proclamata, dell'obbligazione medesima, devesi quindi intendere necessariamente nel senso d'una vera *inesistenza giuridica* di essa, non potendovi essere obbligazione, se chi apparentemente la contrae la fa dipendere dalla mera volontà propria. È ben altrimenti nell'articolo 1066, dove il legislatore non suppone che l'*obbligazione* si faccia dipendere dalla mera volontà dell'obbligato, cioè del donante, ma che da lui dipenda l'*esecuzione della condizione*, cioè l'adempimento o l'inadempimento del fatto che la costituisce. Si dice anche in questo caso *nulla la donazione;* ma la nullità non può qui intendersi nel senso d'*inesistenza giuridica*, poichè si suppone che tutti gli elementi necessari in diritto per costituire la donazione concorrano. La condizione, ossia l'avvenimento da cui si fa dipendere la sussistenza della donazione, non è che una modalità, e quindi un elemento accidentale di essa. L'essere dipendente dalla sola volontà del donante l'adempimento di questa condizione, dà luogo — per una eccezione, che a corroborare l'irrevocabilità delle donazioni la legge ha voluto fare ai principii del

(1) V. Duranton, t. VIII, n. 404; Taulier, t. IV, p. 7.

diritto comune — ad impugnare la donazione, quantunque avente in sè tutti gli elementi essenziali, necessari a darle vita in diritto; ma dunque, non è di vera inesistenza giuridica della donazione, che possa parlarsi, bensì di semplice nullità. Così — per chiarir meglio i concetti con qualche esempio — se taluno dichiarasse nell'atto, di donare la propria casa sotto la condizione che se ne intendesse trasferita la proprietà al donatario dopo un anno, qualora in questo frattempo esso donante non reputasse di averne bisogno per sè; la condizione farebbe dipendere il vincolo obbligatorio dalla mera volontà del donante, sarebbe da applicarsi la massima generale dell'articolo 1162, e la donazione dovrebbesi reputare *inesistente giuridicamente*, giacchè il donante non sarebbesi *spogliato attualmente ed irrevocabilmente* della cosa donata in favore del donatario, a senso dell'art. 1050.

Ma se invece avesse dichiarato di donare la propria casa, salvo però rientrare nella proprietà di essa, riguardando la donazione come non avvenuta, qualora volesse contrarre matrimonio, non sarebbe il vincolo obbligatorio della donazione, ma l'adempimento della condizione risolutiva che dipenderebbe dalla sola volontà del donante; sarebbe quindi applicabile la disposizione particolare ed eccezionale dell'articolo 1066, non la massima generale dell'art. 1162; la donazione dovrebbe reputarsi esistente giuridicamente; e nondimeno sarebbe impugnabile per nullità in virtù della disposizione del predetto articolo 1066.

Il successivo articolo 1067 prosegue, ed applica lo stesso concetto di raffermare l'irrevocabilità delle donazioni, col proibire di apporvi la condizione che il donatario soddisfaccia i debiti futuri del donante; perchè ciò lascierebbe indirettamente a lui il potere di neutralizzare gli effetti della liberalità contraendo debiti che ne equiparassero il valore. Conseguentemente sono anche applicabili le stesse massime in ordine alla nullità della donazione, che lo stesso articolo 1067 dichiara per questo caso. Anche qui la donazione

non può dirsi inesistente giuridicamente, poichè non manca alcun requisito essenziale per darle vita in diritto. Vi è apposta una modalità vietata dalla legge, e che perciò dà luogo a poter impugnare quella donazione come viziata di nullità (1).

101. Tra le materie di diritto civile che si prestano ad applicazioni più frequenti e più importanti della distinzione tra l'inesistenza giuridica, e la nullità, l'annullabilità o la rescindibilità degli atti, è certamente quella dei contratti. E sebbene quanto abbiamo avuto occasione di esporre, dimostrando i principii fondamentali di questa teorica, e le applicazioni speciali di essa alle donazioni, abbia in parte preoccupato anche ciò che può riguardare i contratti in genere; il campo però, che a questi appartiene, è tanto vasto da non potersi reputare ozioso qualche studio sulle parti principali di esso, per discoprire il fondamento che possa trovarvi, e l'utilità pratica che vi possa esercitare la distinzione preaccennata.

Già notammo nell'articolo 1104 del nostro codice una espressione, che risente di quella incertezza ed imprecisione che tuttora si manifesta anche nella dottrina circa questa teorica della inesistenza giuridica degli atti (2), poichè nel detto articolo si parla di *requisiti essenziali per la validità* di un contratto, e nella enumerazione di essi si comprendono poi tanto i requisiti la cui mancanza non potrebbe che far riguardare assolutamente come *non avvenuto* il contratto — quali sono *un oggetto determinato* che possa essere materia di convenzione, ed una *causa lecita* per obbligarsi — quanto altri, il cui difetto può invece cagionare anche soltanto l'annullabilità della convenzione; come si verifica pel *consenso dei contraenti*, qualora un consenso sia stato prestato, ma vizioso per errore, violenza o dolo (art. 1108 codice civ.); e come si verifica pure per la *capacità di con-*

(1) V. Laurent, t. XII, n. 438, p. 530, 531.
(2) V. sopra, n. 97, p. 560, 561.

trattare, qualora il contraente non sia incapace naturalmente, ma civilmente soltanto, per essere donna maritata, minore, interdetto, inabilitato (art. 1106, 1300 cod. civ.).

Ora, appunto dall'esame di ciascuno dei predetti requisiti in particolare potrà risultare più chiaramente la verità e l'importanza di questa teoria, che distingue la inesistenza giuridica dalla semplice nullità od annullabilità degli atti; vedendone le applicazioni ad una delle materie di diritto civile più interessanti e di più frequente uso, e scorgendo come col sussidio di tale dottrina possano agevolmente risolversi alcune gravi difficoltà.

Che il consenso dei contraenti sia un elemento essenziale per la formazione del contratto, e che perciò in mancanza di questo elemento, e non ostante l'apparente esistenza di esso, il contratto sia da riguardarsi giuridicamente *come non avvenuto*, anzichè come esistente anche in diritto, ma soggetto ad annullazione, è cosa da non potersi porre in dubbio. Fingasi provato che, consentendo apparentemente ad una convenzione, una delle persone, che v'intervenivano come parti, non abbia avuta la seria intenzione di obbligarsi; o che una delle parti abbia voluto vendere all'altra, pel prezzo da determinarsi da un terzo scelto d'accordo nell'atto stesso, un bene che l'altro contraente intendeva soltanto di prendere in locazione; o che, mentre l'uno faceva una offerta pura e semplice, l'altro non l'abbia accettata che sotto condizioni, modificazioni o restrizioni determinate. In questi ed altri simili casi potrebbe mai dirsi che si fosse formato un contratto impugnabile di nullità per gli accennati disaccordi nella volontà delle parti? Evidentemente tali disaccordi escludendo assolutamente il consenso, avrebbero fatto ostacolo alla formazione stessa del contratto; il quale pertanto non dovrebbe reputarsi soltanto nullo od annullabile, ma affatto inesistente in diritto (1).

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, art. 1101, n. 4, 1304, n. 23; Zachariæ, t. 1, § 343; Demolombe, t. XXIV, n[i] 52, 53, 125; Aubry e Rau, t. IV, § 343, n° 1, 9, 10.

Altro è quando sia stato veramente prestato dai contraenti un consenso, il quale però non sia valido, perchè dato per errore, o estorto con violenza, o carpito con dolo (art. 1108 cod. civ.). Poichè si suppone verificato il consenso, non può dunque negarsi in diritto la esistenza del contratto; ma questo è impugnabile di nullità, perciocchè la prestazione del consenso dipendè dall'errore, che ne fu la causa unica o principale, o dalla violenza inferita con mezzi atti a far impressione sopra una persona sensata, ed a poterle incutere ragionevole timore di esporre ad un male notabile se stessa, o le proprie sostanze, o la persona od i beni del conjuge, di un discendente, o di un ascendente, o dal dolo consistente in tali raggiri che senza di essi non si sarebbe contrattato (art. 1109-1115 cod. civ.). In tali casi pertanto, come altra volta osservammo, la legge apre in favore di quella delle parti, il cui consenso fu imperfetto per vizio di errore, di violenza o di dolo, un'*azione di nullità*, che la parte stessa è in facoltà di esercitare, o no, secondo che le detti la sua coscienza, o le consigli il suo interesse; la sua coscienza, inquantochè può sapere di aver dato il consenso con bastante pienezza di cognizione delle cose e di libertà, quantunque potesse trovare appigli onde sostenere di aver consentito per errore, per violenza, o per dolo: il suo interesse, inquantochè questo potrebbe forse suggerirle di dare e di richiedere esecuzione al contratto, non ostante il vizio di cui si trovi infetto, nè vi sarebbe ragione di vietarglielo dal momento che il consenso, e quindi il contratto, si suppone perfetto dal lato dell'altro contraente (1).

L'esercibilità poi di codesta azione di nullità è limitata dalla legge stessa ad un breve tempo, trascorso il quale tale azione neppur più sarebbe proponibile dalla persona stessa che fu vittima dell'errore, della violenza o del dolo (art. 1300 cod. civ.).

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 536, 540.

Dopo ciò è evidentissimo trattarsi in tali casi di semplice *annullabilità* del contratto. Se questo fosse da reputarsi *giuridicamemte inesistente*, non sarebbe possibile ammettere che una sola delle parti avesse la facoltà d'impugnarlo, poichè non si spiegherebbe come l'altra parte avesse a rimanere vincolata comunque da una convenzione, che non esistendo in diritto, non potrebbe produrre effetti civili per nessuno; nè sarebbe possibile giustificare che col decorso di cinque anni si desse vita legale ad un contratto mancante degli elementi essenziali per la sua formazione.

Tutto ciò è perfettamente vero sempre quando il vizio del consenso consista nel *dolo;* è vero pure quando consista nella *violenza* o nell'*errore*, purchè tali vizi s'intendano nel solo senso che trovasi definito negli art. 1110, 1112 del codice civile.

Secondo l'articolo 1115 " il *dolo* è causa di nullità del " contratto, quando i raggiri usati da uno dei contraenti " sono stati tali, che l'altro senza di essi non avrebbe con- " trattato „. Qui si suppone che le parti *abbiano contrattato*, ma il consenso d'una di esse sia stato carpito dall'altra mediante raggiri, senza i quali non sarebbe stato prestato da quella il consenso. È chiaro dunque non potersi parlare d'*inesistenza giuridica* del contratto, poichè l'accordo della volontà delle parti non manca, ma solo quanto ad una di esse è viziato il consenso in causa dei raggiri usati dall'altra. Così non si verifica, nè può verificarsi altro, che una semplice *annullabilità*, invocabile da quello dei contraenti, il cui consenso fu imperfetto.

Per *violenza* intende la legge un " costringimento im- " posto per estorcere il consenso con un mezzo di tale " natura da far impressione sopra una persona sensata, e " da poterle incutere ragionevole timore di esporre lei o le " sue sostanze ad un male notabile „ (art. 1112 cod. civ.). — *Necessitatem impositam, contrariam voluntati* (L. 1, ff: *quod metus causa gestum erit*). — Il mezzo di tale costringimento può consistere in semplici minaccie — nel qual caso la vio-

lenza si dice *morale* — o può consistere in mali trattamenti implicanti per se stessi la minaccia di continuarli o ripeterli, se la persona a cui vengono inflitti non presti il consenso che le si vuole estorcere; ed allora la violenza si dice *fisica*. In ambe le ipotesi però è sempre la *intimidazione* che agisce sulla volontà e la determina; e questa intimidazione vizia, ma non distrugge il consenso, rende annullabile, ma non inesistente giuridicamente il contratto. È possibile però, sebbene rarissima, un'altra specie di violenza fisica, la quale potrebbe produrre l'apparenza d'un accordo di volontà delle parti, che in realtà non si fosse verificato affatto; come quando colla forza materiale si fosse fatto apporre ad una scrittura la firma d'una delle parti che vi si rifiutasse. Ma non sarebbe questa la violenza contemplata dalla legge come vizio che rende solo imperfetto il consenso ed annullabile il contratto; e la dottrina ritiene, come non può dubitarsi, che supposto l'avveramento di un caso simile, una violenza di tal natura *escluderebbe completamente il consenso, e renderebbe inesistente il contratto* (1).

Quanto all'*errore*, la legge distingue quello *di diritto* da quello *di fatto*; e per quest'ultimo suddistingue, se l'errore cada sopra la sostanza della cosa formante oggetto del contratto, o sulla persona colla quale s'intendeva di contrattare, e la cui considerazione sia stata la causa principale della convenzione.

L'*errore di diritto* non produce la nullità del contratto, se non quando ne sia stato *la causa unica o principale* (articolo 1109 cod. civ.); vale a dire, quando sia accertato che senza quell'errore la parte che v'incorse non avrebbe prestato il consenso alla convenzione (2). In questo caso stesso però è ben chiaro non potersi riguardare mai come inesistente, ma solo come annullabile il contratto; dappoichè si suppone prestato il consenso, quantunque imperfetto per l'erroneità in diritto della causa che lo ha determinato.

(1) V. Demolombe, t. XXIV, n. 132; Laurent, t. XV, n. 511.
(2) V. sopra, n. 67.

L'*errore di fatto sulla persona*, colla quale si è contrattato, non è in generale una causa di nullità, del contratto; solo per eccezione produce tale nullità, allorchè la considerazione della persona, colla quale s'intendeva di contrattare, sia stata la causa principale della convenzione (art. 1110, § 2°, cod. civ.). Ora qui pure è manifesto che la esistenza giuridica del contratto non potrebbe esser posta in dubbio, supponendosi prestato il consenso dalle parti; e se una di esse ha errato, contrattando con persona diversa da quella, in considerazione della quale determinavasi a quella convenzione, ciò costituisce soltanto un vizio, una imperfezione del consenso effettivamente prestato, nè quindi può dare luogo che alla semplice annullabilità del contratto.

L'*errore di fatto relativo alla cosa formante oggetto del contratto* produce la nullità di questo, *quando cade sopra la sostanza della cosa stessa* (art. 1110, § 1°, cod. civ.).

Non entreremo qui — chè sarebbe fuori di luogo — a discutere sulla interpretazione da darsi a questa disposizione; la quale, ricopiata dall'art. 1109 del codice francese, ha lasciate insolute le difficoltà non poche nè lievi, e le conseguenti dissidenze di opinioni, a cui quello aveva dato luogo. Ci limiteremo ad osservare — ciò che specialmente importa all'argomento di cui ci occupiamo — che secondo una dottrina attinta alla fonte del diritto romano, e professata dal Pothier, le cui teorie sulle obbligazioni vennero trasfuse nei codici moderni, e fra essi anche nel nostro, l'errore che cada, non sulle qualità — siano poi *accidentali* o *sostanziali* — della cosa formante oggetto del contratto, ma sulla *individualità*, sulla *identità* di essa (*in corpore rei*) produce più che l'annullabilità, l'inesistenza giuridica del contratto; perchè in realtà non può dirsi formato l'accordo della volontà delle parti, se ciò che si deduceva in convenzione non era la identica cosa che una di esse parti intendeva di farne oggetto.

“ L'errore — disse il giureconsulto sopra citato — è il
“ maggior vizio delle convenzioni, perchè queste si formano

" pel consenso delle parti, *nè può esservi consenso, se le parti*
" *abbiano errato sull'oggetto del loro contratto. Non videntur*
" *qui errant consentire* (L. 116, § 2° ff. *de reg. juris;* L. 57 ff.
" *de obligat. et act.*). È perciò che... se qualcuno intenda di
" vendermi o donarmi una determinata cosa, ed io intenda
" comperare da lui un'altra cosa, od accettare la donazione
" di un'altra cosa, *non vi è nè vendita, nè donazione*..... „.
(L. 9, ff. *de contr. empt.*) (1).

Parimente fu detto: " La forma più semplice e più evi-
" dente, sotto cui si manifesta quella specie di errore che
" riguarda la cosa, ossia l'oggetto del diritto, è quando il
" rapporto giuridico ha per oggetto una cosa individual-
" mente determinata, e si verifica l'errore sulla individua-
" lità della cosa stessa, *error vel dissensus in corpore.*

" In tal caso evidentemente *non vi è atto giuridico*.....

" Così se, in un contratto di vendita, il compratore ed il
" venditore non intendendosi, hanno in vista ciascuno una
" cosa individualmente differente, *non vi è contratto* „ (2).

Seguendo questa dottrina, è dunque da ritenersi, che qualora l'errore di fatto cada sulla identità individuale della cosa formante oggetto di contratto, non è caso da riguardarsi come compreso nella disposizione dell'art. 1110, § 1° del nostro codice; e il contratto non è solo annullabile, a senso dell'art. 1300 del medesimo codice, ma deve considerarsi come non avvenuto, come assolutamente inesistente in diritto.

Una simile opinione era pure professata da autorevolissimi interpreti del codice francese (3); sebbene altri abbiano insegnato che nell'art. 1110 di detto codice, corrispondente a quello di pari numero nel codice nostro, debbonsi intendere, sotto il nome di *sostanza* della cosa, tanto gli *elementi materiali che la compongono* — che è quanto dire la cosa

(1) V. Pothier, *Tr. des obligat.*, n. 17.
(2) V. Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. III, § CXXXVI, III.
(3) V. Duranton, t. X, n. 113; Demolombe, t. XXIV, n. 87, 88; Laurent, t. XV, n. 484, 488.

stessa nella sua individualità — quanto ancora " le pro-" prietà, la cui riunione determina la sua natura specifica, " e la distingue, secondo le nozioni comuni, dalle cose di " qualunque altra specie „. (1). Lasciamo da parte — poichè non sarebbe qui il luogo di occuparcene — ogni esame intorno all'esattezza, che sia o non sia, di questa definizione che si volle dare delle *qualità sostanziali* della cosa formante oggetto di contratto. Quello intanto che non ci sembra ammissibile, è che a senso dell'art. 1110 sia da comprendersi fra le cause che danno luogo ad azione di nullità del contratto l'errore di una delle parti sull'identità individuale dell'oggetto. Ciò produrrebbe la conseguenza che alla sola parte incorsa nell'errore competesse l'azione di nullità, e che quella parte medesima non potesse esercitarla dopo trascorsi cinque anni dal giorno in cui fosse stato scoperto l'errore. E così la volontà d'una delle parti, o il decorso del tempo, potrebbe dare efficaciagiur idica ad una convenzione, a formare la quale sarebbe mancato in origine l'accordo della volontà delle parti intorno a ciò che dovesse esserne oggetto.

Il Pothier parifica al caso di errore, intorno alla identità individuale della cosa formante oggetto di contratto, quello in cui una delle parti abbia inteso di vendere una cosa, che l'altra parte intendeva invece di ricevere a titolo di prestito, o di dono, e dice che *non vi è in questo caso nè vendita, nè prestito, nè donazione;* parifica pure l'altro caso che taluno abbia inteso di vendere una cosa per un determinato prezzo, e l'altra parte di comprare quella stessa cosa, ma per un prezzo minore, e dice che *non vi è vendita, perchè non vi è consenso.* Tutto ciò infatti è incontestabile. Solo si potrebbe osservare, che in queste ipotesi l'errore — se tale vuol dirsi — consisterebbe veramente soltanto nel credere diversa da quel che è la intenzione dell'altro contraente, e si risolverebbe propriamente in un *dissenso* delle parti, tra le quali

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 543bis, n. 1°.

sarebbe avvenuta l'apparente convenzione. Ciò non ostante, è del pari giustificata la conclusione della inesistenza giuridica del contratto, poichè il dissenso esclude l'accordo della volontà delle parti, senza cui qualsiasi convenzione è inconcepibile.

Altro requisito necessario per la validità di un contratto è la *capacità* delle parti *a contrattare* (art. 1104, § 1° codice civile). In questo rapporto però bisogna guardarsi dal confondere la *incapacità puramente legale di contrattare* colla *incapacità naturale di consentire*. La prima dipende esclusivamente dalla disposizione della legge; osta soltanto alla *validità civile* del contratto; e dà luogo ad un'azione di nullità estinguibile per breve corso di tempo (art. 1300 codice civile). La seconda dipende unicamente dalle condizioni di fatto in cui si trova la persona; si confonde colla *mancanza di consenso*, essendo lo stesso che questo non sia prestato, o sia dato da chi ne è naturalmente incapace; osta quindi alla formazione stessa del contratto; non dà luogo ad una vera *azione di nullità*, non essendovi alcun bisogno che questa sia attribuita per tale oggetto a determinate persone, mentre chiunque può sempre opporre che non sia mai stata formata una convenzione da cui altri vorrebbe far derivare effetti civili; e conseguentemente non è possibile supporre che il difetto del preteso contratto sia sanabile per decorso di tempo, giacchè questo si farebbe servire, non ad estinguere un'azione di nullità, ma a dar vita ad un contratto che non si è mai formato per mancanza del requisito essenziale del consenso. Nello stabilire le cause d'incapacità civile a contrattare, la legge prescinde affatto dalla capacità naturale a consentire, che le parti possano avere. Così la donna maritata, quantunque naturalmente capace a consentire, è resa legalmente incapace per alcuni determinati atti, quando non vi sia autorizzata dal marito o dal tribunale; il minore è legalmente incapace a contrattare, non ostante che sia già in pieno possesso dell'uso della propria ragione; l'interdetto è colpito d'una

simile incapacità, l'inabilitato d'una incapacità più limitata, anche per quegli atti che compiano trovandosi di fatto in uno stato di mente perfettamente sana. All'opposto, sulla incapacità naturale a consentire nulla può la legge civile; ed un legislatore, che pretendesse di rendere legalmente valido un contratto, in cui mancasse il consenso delle parti per incapacità naturale d'una di esse a prestarlo, vorrebbe l'impossibile, ed affronterebbe l'assurdo.

Codesta distinzione tra l'*incapacità puramente legale di contrattare*, e la *incapacità naturale di consentire*, fu posta opportunamente in rilievo dal Marcadé nell'eccellente suo *Commentario del Codice Napoleone* (1). E dal poco che abbiamo detto risulta già sufficientemente quale sia l'importanza che tale distinzione può avere in pratica; giacchè, quando si tratti semplicemente d'*incapacità legale a contrattare*, essa non produrrà che l'*annullabilità* del contratto, mediante un'azione conceduta dalla legge alla sola persona incapace od a chi la rappresenti (art. 1107 cod. civ.) ed esercibile soltanto entro il tempo prefisso dall'art. 1300; mentre quando si tratti d'incapacità naturale a consentire, risolvendosi questa in una *mancanza di consenso*, ne deriverà l'assoluta *inesistenza giuridica* del contratto, che *chiunque* e *in qualunque tempo* potrà far valere, tanto in via di eccezione che di azione.

Nè queste sono dottrine nuove; ma le aveva spiegate colla solita sua lucidità il Pothier.

" *L'essenza della convenzione*, egli scriveva, *consistendo* " *nel consenso*, ne segue che bisogna essere *capace di con-* " *sentire*, e quindi aver l'uso della ragione, per essere *capaci* " *di contrattare*.

" È pertanto evidente che nè i bambini, nè gl'imbecilli, " nè i dementi, durante la loro infermità, possono contrat- " tare per sè, ma solo col ministero dei loro tutori o " curatori.

---

(1) V. Marcadé, art. 1108, § III, t. IV, n. 397.

“ È pure evidente che l'ubbriachezza, quando giunge fino
“ al punto di far perdere l'uso della ragione, rende la per-
“ sona che trovasi in tale stato, e finchè ciò dura, in-
“ capace di contrattare, poichè la rende incapace di con-
“ sentire (1). „

Nel codice Napoleonico le disposizioni degli art. 503 e 504 fecero sorgere qualche dubbio intorno all'applicabilità dei principii predetti secondo il diritto positivo. Poichè, essendo in quegli articoli stabilito che anche gli atti anteriori alla interdizione *potessero essere annullati*, qualora la causa d'interdizione fosse esistita notoriamente allorchè quegli atti erano stati fatti, e che dopo la morte d'una persona *non potessero esserne impugnati gli atti per causa di demenza*, se non quando prima della morte di quella persona ne fosse stata promossa l'interdizione, *o la prova della demenza risultasse dall'atto stesso impugnato*, era lecito pensare, — e fu infatti insegnato da autorevolissimi giureconsulti, come appresso vedremo — che quantunque in pura teoria un contratto, nel quale intervenisse una persona naturalmente incapace a consentire, fosse da riguardarsi *come non avvenuto*, come inesistente giuridicamente, il diritto positivo però lo considerasse invece come semplicemente *annullabile*. Disposizioni simili a quelle sopracitate del codice francese abbiamo noi pure negli art. 336 e 337 del codice italiano; e sebbene siano modificate le condizioni sotto le quali può farsi luogo all'annullamento degli atti anteriori all'interdizione, ciò non toglie nulla all'argomento che alcuni autori francesi traevano da quelle disposizioni, per sostenere che gli atti compiuti da persona naturalmente incapace fossero, secondo il diritto positivo, annullabili, ma non inesistenti giuridicamente.

Per altro il maggior numero delle autorità stava ad appoggiare la piena concordanza tra i principii teorici e il diritto positivo; ritenendo che i contratti, a cui prendessero

---

(1) V. Pothier. *Tr. des oblig.*, n. 49.

parte persone, le quali all'atto di prestare un apparente consenso ne fossero naturalmente incapaci, o per età, non avendo ancora acquistato l'uso della ragione, o per infermità abituale di mente, o per cause anche accidentali e momentanee, quali il delirio e l'ebbrezza, fossero da riguardarsi come assolutamente inesistenti in diritto; epperò in tali casi nè fosse da parlarsi di *azione di nullità*, nè quindi fosse applicabile la breve prescrizione estintiva di questa azione, nè fossero da osservarsi le disposizioni degli articoli 503 e 504 (1).

Altri proponevano distinzioni e limitazioni.

Il Proudhon, parlando prima degli atti che fossero stati fatti *da un pupillo negli anni della infanzia*, quando non può ancora avere *una volontà morale determinata da alcun discernimento*, diceva che " tali atti sono colpiti di una " nullità assoluta, proponibile da qualsiasi interessato, e " neppure suscettibile di fideiussione, poichè *non possono " produrre alcuna obbligazione principale, nè civile, nè natu- " rale* ". Era ben questo il concetto della completa *inesistenza giuridica* di quegli atti. Parlando poi degli atti compiuti da chi non fosse di mente sana, stabiliva la regola ch'essi non fossero impugnabili nell'interesse di chi non fosse interdetto, se non dopo aver fatta pronunciare od avere almeno provocata l'interdizione; ma soggiungeva che questa regola " dovesse esser seguìta qualora si trat- " tasse d'*imbecillità, demenza o furore abituali*, giacchè è per " tali ipotesi che la legge dispone; ma *la regola predetta " non dovesse avere applicazioni alle cause di alienazione " puramente accidentali e momentanee* " nè fosse punto necessaria la pronunciazione o provocazione anteriore della interdizione per far dichiarare la nullità di atti, che compiuti, per esempio, in istato di completa ubbriachezza, o nell'accesso di una febbre accompagnata da delirio, non sarebbero che il frutto dell'aberrazione della mente. E lo

(1) V. Zachariæ, t. I, § 343, n. 1°; Marcadé, *l. c.*, t. IV, n. 397; Demolombe, t. XXIV, n. 80, 81; Laurent, t. XV, n. 454, 464.

annotatore del Proudhon occupandosi della massima generale stabilita dall'autore, e non della spiegazione limitativa che vi aveva aggiunta, si applicò a confutarlo in quella prima parte, dimostrando che non può essere necessaria la preventiva pronuncia o provocazione della interdizione, per far annullare atti compiuti da una persona in istato di mente non sana (1).

Il Toullier insegnava egli pure, che qualora si presentassero casi — quantunque inverosimili, e perciò non previsti dal legislatore — di atti fatti da persone minori di età durante la loro infanzia, quegli atti, " dovrebbero essere dichiarati assolutamente nulli, e come non producenti alcuno effetto, neppure in favore dei minori, conformemente al diritto romano ".

Quanto agli atti fatti da persone interdette anteriormente alla interdizione, riteneva che *fossero suscettibili di rescissione, e potessero essere annullati* qualora la causa della interdizione esistesse *notoriamente* al tempo del contratto; ma " se la causa della interdizione, benchè già esistente al momento del contratto, non fosse stata notoriamente conosciuta, e sopratutto *se non fosse stata abituale, non fosse da pronunciarsi la nullità dell'atto* " a meno che, il contratto cagionando all'incapace un pregiudizio notevole, fosse presumibile la mala fede dell'altro contraente.

Quanto, in fine, alle persone che al tempo del contratto si trovassero momentaneamente private dell'uso della ragione per ebbrezza od accesso di delirio, l'autore diceva che essendo quelle persone *naturalmente incapaci di contrattare durante quel loro stato morboso*, sorgeva da ciò una *causa di rescissione del contratto*; ma, quantunque il codice non prevedendola non avesse fissato un termine entro cui dovesse esserne esercitata l'azione " se l'attore in rescissione lasciasse passare un tempo abbastanza considerevole per far presumere l'approvazione di ciò che avesse fatto durante

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. II, chap. XXI, sect. I, p. 454, 455, chap. XIX, sect. IV, § 1, p. 339; Valette, *Ob.*, I, p. 540.

" l'ebbrezza, non dovesse più essere ascoltato; e il silenzio " del codice lasciare per questo rapporto la maggior lati- " tudine di potere ai giudici (1) „.

Il Duranton, convenendo cogli altri autori sopracitati, quanto a doversi considerare *come non avvenuti, per mancanza di consenso vero*, gli atti che il minore avesse fatti durante l'infanzia; professava inoltre " non essere dubbio " che un contratto fatto in uno stato d'ubbriachezza portata " al punto di far perdere intieramente l'uso della ragione, " sarebbe *nullo;* perchè in questo stato la persona essendo " incapace di apprezzare le conseguenze dell'atto che sot- " toscrive, *non vi sarebbe realmente il consenso*, che è la " manifestazione di ciò che la nostra ragione concepisce ed " approva; e lo stesso doversi dire di un atto che fosse " stato sottoscritto in un accesso di delirio „. Per ciò che riguardava la sorte degli atti fatti da persone non sane di mente prima dell'interdizione, opinava che gli art. 503 e 504 del codice francese fossero bensì applicabili anche nei casi predetti in riguardo agli *eredi*, i quali perciò nè potessero agire durante la vita dell'infermo di mente, nè dopo la morte di lui domandare la nullità degli atti da lui compiuti, se non quando avessero fatta pronunciare o provocata almeno la interdizione, o quando la prova della demenza risultasse dall'atto stesso impugnato; ma dichiarava poi " di credere fermamente che l'*individuo in istato* " *di demenza al momento dell'atto*, e la cui interdizione non " fu pronunciata perchè p. e. ricuperò l'uso della ragione, " potrebbe conchiudere, tanto in via di azione che di ecce- " zione, *per la nullità di una convenzione la quale non ne ha* " *che il nome, e non è in realtà che il frutto della demenza ;* " giacchè per poter consentire è necessario essere sano " di mente, e il consenso è essenziale a qualsiasi conven- " zione (2) „.

I signori Aubry e Rau concordano essi pure che " una

(1) V. Toullier, *Dr. civ. franc.*, t. VI, n. 104, 108, 112.
(2) V. Duranton, t. III, n. 782, t. X, n. 103, 278.

“ convenzione conchiusa con un fanciullo privo ancora “ di discernimento sarebbe da considerarsi *come non avve-* “ *nuta* „ perchè la legge nel dichiarare semplicemente annullabili o rescindibili le convenzioni conchiuse dai minorenni, non ha evidentemente avuto in vista altri che coloro i quali, giunti all'età della ragione, hanno almeno in fatto la capacità necessaria per contrattare. E riconoscono “ che *in pura teoria* dovrebb'essere lo stesso anche della con- “ venzione fatta con un individuo che si trovasse in istato “ di demenza, o di completa ubbriachezza „. Ma soggiungono “ che il diritto positivo vigente considera in generale “ l'obliterazione permanente o passeggiera delle facoltà “ intellettuali come una causa d'incapacità, od un semplice “ vizio di consenso, che non impedisce la formazione “ stessa del contratto, e solo opponendosi alla validità di “ esso, dà luogo ad un'azione di nullità, aperta ad esclu- “ sivo benefizio dell'incapace, e soggetta alla prescrizione “ dell'art. 1304 „. Ciò dicono risultare chiaramente, pel caso di demenza, dagli art. 503 e 504 del codice Napoleone; e notano che l'opinione contraria, oltre di essere inconciliabile colle predette disposizioni, condurrebbe poi a conseguenze evidentemente inaccettabili, perchè ne risulterebbe “ che una persona, contro cui si promuovesse “ azione per la esecuzione d'un contratto, se ne potesse “ esimere provando che, al tempo in cui fu stabilito, “ l'altra parte si trovasse in istato di demenza; e che l'in- “ terdetto — il quale non ha che dieci anni dalla rivoca- “ zione della interdizione per impugnare coll'azione di “ nullità gli atti fatti da lui — sarebbe in peggior condi- “ zione d'un mentecatto non interdetto, che potrebbe in “ qualunque tempo opporre l'inesistenza giuridica degli atti “ propri „. Osservano, in fine, che lo stesso debbasi ammettere *a fortiori* pei casi di ubbriachezza (1).

Da ciò che abbiamo riferito risulta la perfetta concordia

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 343, n. 1°, n° 2, 4, 5.

della dottrina in ordine all'assoluta inesistenza giuridica degli atti, che fossero stati fatti da un fanciullo non ancora giunto all'età della ragione. E su di ciò sarebbe superfluo l'insistere per dimostrare l'evidenza. I punti, sui quali è possibile, e realmente esiste controversia, sono due soli. È da considerarsi come inesistente giuridicamente, o solo come annullabile, l'atto compiuto prima dell'interdizione da chi sia soggetto ad *abituale infermità di mente*, e si provi che non avesse infatti l'uso della ragione al tempo in cui quell'atto ebbe luogo? Esiste giuridicamente, ed è solo annullabile l'atto compiuto da chi non era abitualmente infermo di mente, ma al momento di quell'atto era totalmente privo dell'uso della ragione per una causa accidentale e temporanea, come il delirio o l'ebbrezza?

Relativamente alla prima questione, tutti sono d'accordo nel riconoscere che, stando ai puri principii teorici, si dovrebbe risolverla nel senso dell'assoluta inesistenza giuridica dell'atto; ed è troppo chiaro, poichè supponendosi *provato che l'atto sia stato compiuto quando uno dei contraenti non era sano di mente*, era impossibile per parte di lui la prestazione del consenso, senza cui diveniva parimenti impossibile la *formazione del contratto*. La difficoltà nasce in diritto positivo, quanto al codice francese dagli art. 503 e 504, quanto al codice nostro dai corrispondenti articoli 336 e 337. Però bisogna riflettere che queste disposizioni, per intenderle ed applicarle rettamente, debbono essere riferite ai principii fondamentali che dominano in tutto il capo dell'interdizione, in cui quelle disposizioni sono scritte. Ora in tutta questa materia si considerano le persone, le quali essendo maggiori di età, od emancipate, si trovino *in condizione di abituale infermità di mente*. Quando adunque nell'art. 336 si parla della *causa d'interdizione* sussistente al tempo in cui avevano luogo gli atti anteriori alla interdizione stessa, non s'intende riferirsi ad altro che all'*abituale infermità di mente*, la quale preesistesse alla interdizione; quando nell'art. 337 si determina in quali

casi possano essere impugnati *per infermità di mente*, dopo la morte di un individuo, gli atti da esso fatti, s'intende di riferirsi ad una impugnazione di cui si desuma il fondamento dall'*abituale infermità di mente* in cui quell'individuo si trovasse. Il caso specifico, che si provi la infermità di mente d'uno dei contraenti al momento preciso in cui sarebbesi formato il contratto, non è contemplato in quelle disposizioni del codice; e non da esse, ma dai principii generali di diritto dev'essere quindi regolato. Portata la questione in questo campo, tutti convengono, senza contestazione, che secondo i principii non può riguardarsi come avente alcuna esistenza giuridica una convenzione, nella quale non può essersi verificato l'accordo della volontà delle parti, poichè si suppone provato che una di esse, al momento del contratto, fosse naturalmente incapace di prestare il consenso.

Si obbietta che l'applicazione di questa teoria produrrebbe conseguenze inaccettabili. E prima di tutto si osserva doverne risultare, che anche la parte capace possa sottrarsi agli effetti del contratto, provando che al momento in cui esso avrebbe dovuto formarsi, l'altra parte era naturalmente incapace a consentire per vizio di mente. Ma questa non è che una petizione di principio. La questione sta tutta ed unicamente nello stabilire se il contratto sia da reputarsi semplicemente annullabile, od assolutamente inesistente in diritto. Qualora debba ammettersi — come il maggior numero degli autori ritiene, e come pare anche a noi — quest'ultima massima, la conseguenza, che si dice inaccettabile, è anzi naturale e necessaria. Gli stessi opinanti in contrario ritengono *inesistente giuridicamente una convenzione conchiusa con un fanciullo ancora privo di discernimento*. E chi potrebbe dubitare in questo caso che l'altro contraente capace, qualora fosse chiamato in giudizio per l'esecuzione del contratto, potesse opporre l'inesistenza giuridica di esso in causa dell'incapacità naturale di quel fanciullo a prestare il consenso? Ora, perchè questa conse-

guenza, indubitabile nel caso d'incapacità naturale per età, dovrebbe divenire inaccettabile nel caso d'incapacità naturale per vizio di mente?

Un altro argomento si adduce, apparentemente più grave. Se l'infermo di mente si fosse trovato in istato d'interdizione al tempo del contratto, non avrebbe avuto che dieci anni di tempo dal proscioglimento della interdizione (cinque anni secondo il cod. ital.) per promuovere l'azione di nullità. L'infermo di mente non interdetto si troverebbe in condizione migliore; perchè potrebbe far valere in qualunque tempo l'inesistenza giuridica del contratto, a cui avesse prestato il consenso in istato di mente non sana. Tutto sta però nel vedere se sia veramente esatta la premessa. La breve prescrizione, stabilita dall'art. 1304 del cod. franc., e dall'art. 1300 del cod. it., riguarda l'*azione di nullità* dei contratti; la quale ha luogo per quelli fatti dall'interdetto dopo la sentenza d'interdizione, sebbene al momento in cui contraeva fosse in realtà sano di mente, od anche prima della interdizione qualora al tempo del contratto fosse in condizione di *abituale infermità di mente*, e concorressero le circostanze contemplate negli art. 336 e 337 del nostro codice. Ma se si prova che al momento stesso del contratto l'interdetto fosse realmente in istato di mente inferma, non essendo più necessario ricorrere all'*azione di nullità*, appunto perchè il contratto deve reputarsi *inesistente giuridicamente*, neppure può essere applicabile la breve prescrizione, e l'inesistenza giuridica di quel contratto può farsi valere *in qualunque tempo*.

Non sussiste pertanto l'addotta miglior condizione dell'*alienato non interdetto*, a fronte di quello che fu sottoposto alla interdizione; anzi è quest'ultimo che trovasi in condizione più vantaggiosa, inquantochè, oltre a poter opporre l'inesistenza giuridica del contratto, provando che al momento di esso trovavasi infermo di mente, può anche giovarsi dell'azione di nullità dipendente dalla interdizione o dalle circostanze determinate nell'art. 336.

Risoluta così la prima questione, relativa a colui, che oltre ad essere abitualmente infermo di mente, si provi ch'era alienato al momento stesso in cui contrattava, non potrebbe darsi una decisione diversa sull'altra questione concernente chi per sole cause accidentali e transitorie, come il delirio o l'ebbrezza, fosse al momento predetto privo dell'uso della ragione. I motivi di decidere sono identici; ed anzi, mentre i signori *Aubry* e *Rau*, ritenendo dimostrato che la convenzione fatta con un individuo che si trovasse in istato di demenza fosse da riguardarsi, non come inesistente giuridicamente, ma come semplicemente *annullabile*, volevano trarne un argomento *a fortiori* per stabilire la stessa massima in riguardo al caso di completa ubbriachezza, ci sembra giusta l'osservazione contraria del *Demolombe;* il quale diceva, che l'azione di nullità concessa all'interdetto essendo inapplicabile agli atti, che sia provato essere stati fatti in un momento d'alienazione, da persone colpite da abituale infermità di mente, ma non sottoposte alla interdizione, fosse più chiara ancora l'inapplicabilità della predetta azione agli atti che si provasse essere avvenuti in istato di delirio o di ebbrezza (1). Poichè infatti queste condizioni puramente accidentali e momentanee, del delirio o della ubbriachezza, non potrebbero mai dar luogo ad interdizione, è tanto più evidente che le regole stabilite dal diritto positivo in ordine alla interdizione stessa, ai suoi effetti, alla nullità degli atti che siano stati fatti dall'interdetto, ed alla relativa azione, non sono estensibili ai casi predetti, i quali perciò non possono essere regolati che coi principii generali di diritto. E secondo questi, non si può dubitare, come dicemmo più volte, che un contratto, a cui abbia preso parte chi a quel momento era in condizione — sia pure per una causa accidentale e transitoria — d'una naturale incapacità a consentire, sia da considerarsi *come non avvenuto*, perchè mancante d'un elemento essenziale alla sua formazione, qual è il consenso.

(1) V. Demolombe, *l. c.*, n. 81.

Un terzo requisito indispensabile per la formazione del contratto è *un oggetto determinato, che possa essere materia di convenzione* (art. 1104, § 3° cod. civ.).

Nè questa è condizione necessaria per la sola validità civile del contratto, ma per la stessa formazione e per l'esistenza giuridica di esso; essendo inconcepibile un contratto senza che ne derivino diritti ed obbligazioni, nè diritto ed obbligazione senza una cosa che possa formarne e ne formi realmente oggetto.

Nè basta che il contratto abbia un qualsiasi oggetto; ma questo dev'essere *determinato almeno nella sua specie* (art. 1117 cod. civ.) e tale da poter formare materia di convenzione (art. 1116, 1118 cod. civ.).

È difficile immaginare che due o più persone abbiano avvertitamente stipulata una convenzione mancante assolutamente di oggetto. Non potrebb'esservi allora l'animo negli stipulanti di costituire fra loro un vincolo giuridico (art. 1098 cod. civ.); e l'atto si risolverebbe in uno scherzo senza scopo. Ma ben si può figurare che per errore le parti abbiano creduto all'esistenza od alla possibilità di ciò che formava oggetto della loro convenzione; e verificandosi in fatto il contrario, l'oggetto verrebbe quindi a mancare, e il contratto sarebbe inesistente in diritto, per difetto d'un elemento essenziale della sua formazione (1).

Fu fatta, per esempio, oggetto di compra e vendita una cosa che, ad insaputa delle parti, era già perita totalmente al momento del contratto. La vendita dovrà considerarsi *come non avvenuta*, e in questo senso devesi intendere la *nullità*, che è dichiarata nell'art. 1461, § 1 del codice (2).

Ancora; possono formare oggetto di contratto le cose future (art. 1118 cod. civ.); ma tali convenzioni s'intendono per natura loro subordinate alla tacita condizione della futura esistenza di quelle cose. Se dunque tale con-

(1) V. Demolombe, t. XXIV, n. 299; Aubry e Rau, t. IV, § 344, n° 5; Laurent, t. XV, n. 455.

(2) V. sopra, n. 97, p. 532; Demolombe, t. XXIV, n. 321.

dizione non si avveri, dovrà riguardarsi *come non avvenuto* il contratto, perchè ne mancherà l'oggetto. È ciò che ha spiegato chiarissimamente il Pothier.

" Le cose che non esistono ancora, ma di cui si attende
" la esistenza, possono formare oggetto di una obbliga-
" zione; in modo però che questa dipenda dalla condizione
" della futura esistenza di quelle cose.

" Così, quand'io mi obbligo di dare ad un mercante il
" vino che raccoglierò in quest'anno, l'obbligazione è vali-
" damente contratta, *quantunque essa non esista ancora*. Ma
" se per la gelata io non raccolga nulla dalle mie vigne,
" l'*obbligazione scomparirà, per mancanza della cosa che ne*
" *forma l'oggetto, come se non fosse mai stata contratta* „ (1).

L'obbligazione, e quindi il contratto, può avere per oggetto, come il dare, così anche il fare, o il non fare. Ora può avvenire che per errore le parti abbiano assunto come oggetto di convenzione un fatto, che sia fisicamente impossibile; e in tal caso la convenzione sarà pure da considerarsi come giuridicamente inesistente per mancanza di oggetto, perchè a tale mancanza equivale di fatto la impossibilità della prestazione dell'oggetto medesimo (2). — Per simile ragione dovrebbesi considerare *come non avvenuto* il contratto, pel quale taluno si fosse obbligato a dare ad altri una cosa che già appartenesse in piena proprietà allo stipulante; essendo anche in questo caso impossibile la prestazione formante oggetto del contratto medesimo (3). — All'opposto, non potrebbe confondersi colla mancanza dell'oggetto, o colla impossibilità della prestazione, l'appartenere ad un terzo la cosa individualmente determinata, che in un contratto il promittente si fosse obbligato di dare. Non può dirsi che l'oggetto dell'obbligazione manchi, perchè sia in proprietà di un terzo; e quanto all'impossibilità della prestazione, è troppo chiaro che non sussiste;

(1) V. Pothier, *Tr. des oblig.*, n. 132.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 344, nª 1.
(3) V. Pothier, *Tr. des oblig.*, n. 134; Demolombe, t. XXIV, n. 310.

poichè il promittente può soddisfare all'obbligazione assunta ottenendo la cosa dal terzo che ne è proprietario; e qualora questi non volesse privarsene, il promittente rimarrebbe obbligato verso lo stipulante al risarcimento dei danni (1).

La nostra legge ha derogato a questi principii, dichiarando *nulla la vendita della cosa altrui* (art. 1459 cod. civ.). Ma non si potrebbe certamente in questo caso pensare ad una *inesistenza giuridica* del contratto. Questa idea, oltre di essere per le ragioni sovra cennate in contraddizione coi principii, si troverebbe anche smentita dal testo della legge. Invero il citato art. 1459 ammette che la vendita di cosa altrui possa dar luogo al risarcimento dei danni, qualora il compratore abbia ignorato che la cosa non appartenesse al venditore; mentre se il contratto dovesse riguardarsi come inesistente giuridicamente, non potrebbe mai produrre alcun effetto, neppur quello di obbligare il venditore ad un risarcimento di danni in un caso qual che si fosse. D'altra parte lo stesso articolo nel secondo paragrafo dichiara che la nullità stabilita nel paragrafo precedente *non si potrà mai opporre dal venditore;* e ciò dimostra chiaramente la intenzione del legislatore, il quale ben lungi dal ritenere *inesistente* la vendita della cosa altrui, non ha neppur voluto colpirla di una *nullità assoluta*, proponibile da qualunque persona interessata.

La cosa che forma oggetto del contratto dev'essere *determinata almeno nella sua specie* (art. 1117 cod. civ.); vale a dire che il contratto deve avere un oggetto tale, che offra per lo stipulante un interesse giuridico a chiedere l'adempimento della obbligazione. Qualora l'oggetto di questa non fosse determinato *in corpo certo*, e nemmeno *per la specie*, in modo che il debitore potesse liberarsi col dare una cosa di niun valore e di niuno interesse pel creditore, è chiaro che non vi sarebbe vincolo giuridico, nè quindi

(1) V. Pothier, *l. c.*, n. 133.

contratto. Lo stesso è a dirsi rispetto alla *quantità* della cosa, qualora il contratto nè la stabilisca, nè somministri i dati con cui poterla stabilire (art. 1117, § 2, cod. civ.). Essendo impossibile in tal caso la determinazione della quantità dovuta, e potendo perciò il debitore liberarsi con una prestazione minima, di niuno interesse pel creditore, manca dunque realmente un vincolo giuridico, e il contratto è da considerarsi *come non avvenuto* (1).

È necessario che la cosa presa ad oggetto di contratto *possa essere materia di convenzione* (d° art. 1104, § 3° codice civ.); e l'art. 1116 avverte poi che " le sole *cose che* " *siano in commercio* possono formare oggetto di contratto ".

Vi sono cose, che non possono veramente dirsi nè in commercio nè fuori di commercio, perchè l'una cosa e l'altra suppone la possibilità d'un'appropriazione individuale; e tale possibilità non vi è per quelle cose che si dicono *comuni* (la luce, l'aria, l'alto mare) in quanto che sono destinate da natura all'uso comune degli uomini, e per leggi fisiche non essendo suscettibili di possesso esclusivo, non possono quindi formare oggetto del diritto di proprietà. Di queste cose, considerate nel loro stato naturale, sarebbe assurdo l'immaginare che potessero formare oggetto di qualsiasi contrattazione avente una esistenza giuridica. Non è però egualmente impossibile il concepire convenzioni le quali regolino rapporti privati concernenti anche il godimento di cose comuni; le quali convenzioni potrebbero essere perfettamente valide.

Per cose fuori di commercio s' intendono veramente quelle, le quali, sebbene siano suscettibili per natura loro di appropriazione individuale, un ostacolo legale impedisce che possano far parte di un qualunque patrimonio privato. Tali sono principalmente i beni che appartengono al demanio pubblico dello Stato, o sono d'uso pubblico delle provincie o dei comuni (art. 426, 427, 430, 432 cod. civ.). Qualunque

---

(1) V. Demolombe, t. XXIV, n. 314.

contratto pertanto, che avesse per iscopo di costituire su tali beni alcuno di quei diritti privati, di cui secondo la natura o la destinazione loro non sono per legge suscettibili, dovrebbe riguardarsi come non avvenuto, come inesistente giuridicamente, poichè avendo per oggetto cose che non possono essere materia di convenzione, mancherebbe di un elemento essenziale per la sua formazione (1). Qualche autore ha invece considerati come *giuridicamente esistenti*, ma viziati di nullità i contratti portanti alienazione delle *cose che non sono in commercio*, tra cui quindi anche i beni demaniali dello Stato, o d'uso pubblico dei comuni o delle provincie (2). Ma questa opinione, che è vera, come più innanzi dimostreremo, rispetto a certi beni, che si sogliono dire *posti fuori di commercio* perchè ne è stabilita temporaneamente l'inalienabilità — quali sono i beni dotali — non pare accettabile rispetto a quei beni pei quali è vietato dalla legge, per motivi d'ordine e di servizio pubblico, che possano formare oggetto di contratto, onde viene a mancare un elemento essenziale della convenzione.

Per altro, non di tutti i contratti possono dirsi assolutamente non suscettibili i beni di pubblico demanio, o d'uso pubblico delle provincie o dei comuni; ma di quei soli contratti che non siano compatibili colla destinazione pubblica di quei beni. Così nulla vieta di affittare i beni medesimi per quella parte dei loro prodotti che possono essere utilizzati senza nuocere all'uso pubblico a cui sono addetti, per esempio per le erbe che si possono raccogliere sugli spalti d'una fortezza; nè di fare concessioni, anche a titolo oneroso, di servitù od altri diritti esercibili su tali beni, senza pregiudizio della loro destinazione pubblica, a vantaggio di proprietà private. I contratti relativi potrebbero quindi non solo esistere giuridicamente, ma avere piena validità.

Vi sono casi in cui di certi beni la legge vieta temporaneamente l'alienazione diretta o indiretta, e perciò tali

---

(1) V. Demolombe, t. XXIV, n. 330; Aubry e Rau, t. IV, § 344, n° 23.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 344, n° 5.

beni si dicono nel linguaggio comune *posti fuori di commercio;* quantunque ciò non sia rigorosamente esatto, poichè i beni medesimi, anche durante la loro inalienabilità, non cessano d'essere suscettibili d'altri contratti — per esempio di quello di locazione — e in casi eccezionali, e sotto certe condizioni, e coll'adempimento di certe formalità, anche dei contratti stessi di alienazione. Tali sono i *beni dotali* (art. 1404, 1405, 1406 cod. civ.). Ora, se venga alienata od ipotecata la dote, senza che ciò fosse permesso nel contratto di matrimonio, e senza adempiere le condizioni e formalità prescritte dall'art. 1405, il contratto di alienazione o di obbligazione della dote è bensì nullo — come lo dichiara espressamente l'art. 1407 — ma certamente non potrebbe riguardarsi come *inesistente in diritto;* chè anzi lo stesso articolo nel secondo paragrafo qualifica la nullità come semplicemente *relativa*, riservandone l'esercizio alla moglie, sì durante il matrimonio, che dopo lo scioglimento di esso, ed al marito finchè dura il matrimonio, e facendo inoltre salva contro il marito stesso (qualora abbia prestato il consenso al contratto senza dichiarare che la cosa alienata od obbligata era dotale) l'azione per risarcimento di danni a favore dell'altro contraente. Nè invero potrebb'essere diversamente. Ciò che vizia il contratto non è in questo caso una inidoneità assoluta della cosa che ne forma oggetto. I beni dotali sono suscettibili anche di alienazione, purchè si verifichino le condizioni e siano osservate le forme prescritte dalla legge. È l'inadempimento di queste prescrizioni protettrici, dettate dalla legge nell'interesse della donna maritata e della famiglia, che dà luogo ad impugnare il contratto in cui furono violate le prescrizioni medesime, acciocchè esse abbiano una sanzione efficace. Ma a questo scopo è provveduto abbastanza, coll'attribuire al marito ed alla moglie la facoltà di riparare ai danni che dall'illegittima alienazione od obbligazione della dote possano essere derivati, mediante l'esercizio di un'azione di nullità esperibile sì durante il

matrimonio, che dopo. L'andar più oltre, e considerare il contratto come *inesistente in diritto*, sicchè nessuna delle parti ne rimanesse punto vincolata, sarebbe riescito non solo ad oltrepassare lo scopo che il legislatore si proponeva, ma a contrariarlo; poichè può darsi che il contratto sia vantaggioso alla moglie ed alla famiglia, e il ritenerlo inesistente si ritorcerebbe in tal caso a danno di coloro di cui colla stabilita inalienabilità della dote si vollero proteggere gl'interessi.

Un altro caso in cui sono vietati certi atti di disposizione, senza che i beni, a cui riguardano, siano veramente posti fuori di commercio, è quello contemplato nell'art. 1118, § 2° del codice civile. I beni della eredità di una persona ancora vivente non sono certamente fuori di commercio; e neppure potrebbe dirsi che lo fossero per se stessi i diritti eventuali delle persone chiamate alla successione. Se nondimeno è proibito di farne oggetto di rinunzia o di stipulazioni quali che siano, ancorchè intervenga all'atto come parte contraente e vi consenta la persona della cui eredità si tratta, ciò avviene in virtù d'una disposizione speciale della legge, motivata da considerazioni non solo d'interesse privato, ma eziandio d'ordine pubblico, perchè simili contrattazioni sopra una successione non ancora aperta offendono la pubblica moralità. Da ciò deriva però che di tali convenzioni, assolutamente riprovate e proibite dalla legge per ragioni d'ordine generale, non possa farsi dipendere l'efficacia o l'inefficacia dalla volontà dei privati, ai quali sia riservato di promuoverne, o no, l'annullamento, secondochè l'interesse loro consigli; ma debbano esse invece riguardarsi assolutamente come *inesistenti in diritto*. In questo senso è infatti l'opinione più generale degli autori (1); sebbene non manchi pure qualche grave autorità a sostenere che i contratti relativi alla successione d'una persona

(1) V. Marcadé, art. 791, t. III, n. 241, art. 1130, t. IV, n. 452; Demolombe, t. XXIV, n. 324; Aubry e Rau, t. IV, § 344, n° 75; Laurent, t. XVI, n. 83, p. 115, 116.

vivente siano da riguardarsi come *esistenti*, perchè hanno un oggetto determinato, che offre allo stipulante un interesse giuridico; ma siano *infetti di nullità*, perchè ciò che ne forma la materia *non è lecito* (1).

Vi è un'altra disposizione speciale, che ha qualche analogia colle due di cui precedentemente parlammo; ed è quella dell'art. 1458 del codice, in cui è vietato ai giudici, agli uffiziali del pubblico ministero, ai cancellieri, agli uscieri, agli avvocati, procuratori o patrocinatori, ed ai notai di rendersi cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose della corte, del tribunale o della pretura di cui fanno parte, o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni.

L'analogia consiste in ciò, che qui pure sono certi beni particolari, di cui si vieta la contrattazione, e la proibizione è motivata da considerazioni d'ordine generale, per guarentire l'integrità e il prestigio della giustizia, rimuovendo perfino il sospetto che gli atti di chi concorre all'amministrazione di essa possano essere dominati dai calcoli dell'interesse, il quale stimoli a tradire i doveri di magistrato e funzionario pubblico.

Non mancano però d'altra parte differenze assai rimarchevoli tra questa disposizione dell'art. 1458, e le altre di cui ci siamo prima occupati, relative alla inalienabilità dei beni dotali, ed al divieto di stipulazioni intorno ad una successione non ancora aperta.

Non si tratta qui infatti di escludere qualunque contrattazione intorno a determinati beni, e nemmeno di proibire che possano essere alienati; ma solo di vietare che volendosi trasmettere ad altri ragioni ed azioni litigiose, possano esserne cessionari i magistrati e funzionari indicati dal detto articolo. Il quale pertanto viene a stabilire, più che altro, una *incapacità legale* di quei magistrati e funzionari all'acquisto per cessione delle ragioni ed azioni litigiose di

(1) V. Zachariæ, t. I, § 344, n. 2°, n° 6.

cui si tratta. È notevole per altro che questa incapacità non è stabilita a vantaggio delle persone a cui è imposta, e collo scopo di protegger loro; ma contro quelle persone stesse, ed a fine d'interesse generale, come abbiam detto.

Ora questa disposizione proibitiva, avendo il carattere d'una incapacità legale inflitta, ha ricevuta dal legislatore una sanzione, che fu espressa dichiarando non potere quei magistrati e funzionari essere cessionari delle ragioni ed azioni litigiose di competenza del collegio giudiziario di cui fanno parte o presso cui esercitano le loro funzioni, *sotto pena di nullità*, dei danni e delle spese.

Codesta espressa dichiarazione della legge potrebbe a prima giunta parer sufficiente per stabilire che la violazione di detto art. 1458 non abbia a produrre l'assoluta *inesistenza giuridica*, ma la semplice *nullità* della cessione di ragioni litigiose, che i funzionari ivi indicati abbiano riportata. Nondimeno osservammo ripetutamente come nemmeno il codice italiano presenti una dicitura sempre esatta in ordine alla distinzione di inesistenza giuridica e nullità; ed in più atti abbiamo rilevata la necessità, secondo i principii, di ritenerli *come non avvenuti*, come *inesistenti giuridicamente*, sebbene nel testo del codice si trovino qualificati semplicemente come *nulli*. Nell'art. 1597 del codice francese leggevansi le stesse parole: " *sotto pena di nullità*, e " delle spese, danni e interessi ". E tuttavia era gravissima la controversia, che sorgeva intorno a determinare se il contratto di cessione di ragioni litigiose, avvenuto in contravvenzione al detto articolo, non fosse da reputarsi assolutamente inesistente in diritto; e qualora poi dovesse ritenersi soltanto *nullo*, quale fosse il carattere da attribuirsi a tale nullità: se cioè si dovesse considerarla come *assoluta*, e proponibile perciò da qualunque persona interessata, non escluso il cessionario, o come *relativa;* e in quest'ultimo caso ancora, da chi potesse essere proposta, se cioè dal solo cedente, od anche dal debitore ceduto.

Un'autorità assai rispettabile sostenne che la cessione

ottenuta in onta al divieto dell'art. 1597 dovesse riguardarsi come *radicalmente nulla e legalmente inesistente;* e ciò perchè la nullità nel detto articolo dichiarata “ è d'ordine “ pubblico e d'interesse generale, non meno che d'interesse “ privato „ e perchè la cessione predetta avrebbe una *causa illecita*, e l'obbligazione fondata sopra una causa illecita *non può avere alcun effetto*, come è espresso nella legge (articolo 1131 cod. franc. — 1119 cod. it. (1).

Altri reputò che “ l'articolo 1597 essendo fondato sopra “ considerazioni d'ordine pubblico, *la nullità da esso pro-* “ *nunciata sia dunque assoluta*, ed opponibile, non solo dal “ debitore al cessionario, ma eziandio dal cessionario al “ cedente, e dal cedente stesso al cessionario; e proponi- “ bile inoltre *d'ufficio* dal ministero pubblico „, ma ammise nel medesimo tempo che il debitore potesse esercitare il *retratto*, cioè la facoltà concessa dall'art. 1699 del codice francese — corrispondente al 1546 del codice italiano — di *farsi liberare dal cessionario*, rimborsandolo del prezzo reale di cessione e degli accessori; il che dunque escluderebbe l'inesistenza giuridica della cessione, perchè se questa fosse da riguardarsi come non avvenuta, non si potrebbe certamente parlare nè di cessionario, nè di prezzo della cessione da rimborsarsi (2).

Altri, ritenendo ugualmente che nell'art. 1597 non sia considerata la vendita come inesistente, poichè la legge la colpisce soltanto di nullità, osservava però che ad ogni modo, trattandosi d'una nullità d'ordine pubblico “ si arriva “ alla medesima conseguenza, come se la cessione fosse “ inesistente, atteso che qualunque persona può prevalersi “ di tale nullità, cioè non solo il cedente e il debitore ce- “ duto, ma anche lo stesso cessionario „ (3).

Secondo una quarta opinione, la nullità di cui si tratta sarebbe soltanto *relativa*, nel senso che potrebbe essere

---

(1) V. Marcadé, art. 1597, t. VI, § III.
(2) V. Duvergier, *De la rente*, t. I, n. 200.
(3) V. Laurent, t. XV, n. 455 in fine, t. XXIV, n. 63.

proposta tanto dal cedente che dal debitore ceduto, ma non dal cessionario (1).

Un'ultima opinione limiterebbe al solo debitore ceduto la facoltà di proporre la nullità, negandola tanto al cessionario che al cedente, sul fondamento del principio che " *nemo ex delicto suo actionem consequi debet* " (2).

Di questa controversia ci occupiamo qui per la sola parte riguardante lo speciale argomento di cui ora trattiamo, cioè per determinare se la cessione di ragioni litigiose, fatta in contravvenzione all'art. 1458 del nostro codice, sia da ritenersi soltanto *nulla*, come la dice il testo dell'articolo stesso, o piuttosto come *inesistente giuridicamente*.

Gli argomenti, a cui si appoggia quest'ultima idea, sono due, come sopra riferimmo; l'essere d'ordine pubblico la nullità dichiarata dall'art. 1592 del codice francese, corrispondente al 1458 del codice italiano; e il riguardarsi come un'obbligazione dipendente da causa illecita quella che deriverebbe da una cessione avvenuta contrariamente al divieto di detto articolo, dal che si vuol dedurre l'applicabilità del principio che l'obbligazione fondata sopra una causa illecita *non può avere alcun effetto* (art. 1119 cod. civ.), cioè non ha esistenza giuridica.

Che la proibizione contenuta nei citati articoli del codice francese e del nostro sia stata ispirata da motivi d'interesse generale, e che perciò sia pure *d'ordine pubblico* la nullità comminata dalla legge pel caso che quella proibizione non sia rispettata, non sarebbe certamente possibile metterlo in dubbio. Ma ciò non risolve ancora la questione nel senso della inesistenza giuridica, anzichè della semplice nullità della cessione; se pure è vero ciò che a noi parve dimostrato, che cioè, sebbene le nullità d'ordine pubblico, allorchè siano assolute, somiglino per gran parte delle loro

---

(1) V. Delvincourt, t. III, p. 67, nª 2; Zachariæ, t. I, § 359 quater, nª 5; Aubry e Rau, t. IV, 359 quater, nᵉ 8 e 9.

(2) V. Duranton, t. XVI, n. 145; Demante e Colmet de Santerre, *Cours analytique de cod. civ.*, t. VII, n. 24bis.

conseguenze alla inesistenza giuridica degli atti, non cessano tuttavia d'esserne distinte per differenze essenziali, che segnalammo (1). E per ciò neppur ci sembra fondata l'osservazione del Laurent, che la questione della inesistenza giuridica o della nullità *non sia guari che di pura teoria*, perchè trattandosi ad ogni modo di nullità d'ordine pubblico, ciò conduce alle medesime conseguenze.

Nè più vero reputiamo l'altro argomento proposto dal Marcadé, ed adottato pure dal Laurent, consistente nel supporre che si verifichi nei contratti di cessione riprovati dal cennato art. 1597 del codice francese una *causa illecita d'obbligazione*. Quell'articolo — si è detto — *non pronuncia una vera incapacità*, ma stabilisce una *proibizione fondata sull'interesse generale*. Ora " quando una proibizione " ha per fondamento l'ordine pubblico, *si deve indurne che* " *essa ha una causa illecita*, nel senso che un diritto liti" gioso non può formare oggetto di contratto fra il credi" tore ed una delle persone enunciate nell'art. 1597 „.

I signori Aubry e Rau dicono all'opposto " essere evi" dentemente erroneo l'invocare le disposizioni degli arti" coli 1131 e1133, giacchè qui non si tratta d'una que" stione di causa dell'obbligazione, ma dell'applicazione di " una incapacità legale „.

E pare che sia così veramente. Certo è che in questo caso non si tratta, come pei minori di età o per gl'interdetti, d'una presunta incapacità personale, che dia motivo a provvedimenti protezionali del legislatore: ma all'opposto, per alte ragioni d'interesse generale, d'ordine pubblico, la legge crea un'incapacità, che impone a determinate persone in ordine ad una specie particolare di contratti. Il portato vero di questa disposizione proibitiva è dunque sempre però d'*una incapacità legale*, che viene creata; e il motivo dipende pur sempre dalla condizione della persona, che è giudice, avvocato, procuratore, notaio, ecc., non dalla qua-

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 546 a 551.

lità dell'oggetto o della causa d'obbligazione, quantunque solo per quel determinato oggetto del contratto, consistente nell'acquisto per cessione di ragioni od azioni litigiose, la condizione predetta della persona dia motivo a proibirle il contratto medesimo. Vero è pure che nei contratti commutativi ciò che forma oggetto d'obbligazione per una delle parti contraenenti costituisce insieme la causa dell'obbligazione per l'altra parte. Ma l'essere litigiosa una ragione od azione non la rende certamente un oggetto illecito di cessione, sicchè possa dirsi parimente illecita la causa di obbligazione del cessionario. Le cause delle obbligazioni rispettive dei due contraenti consistono per una parte nell'acquisto del diritto litigioso, per l'altra nell'ottenimento del prezzo di cessione; e in tutto ciò nulla v'è sicuramente d'illecito, tanto che per qualunque altra persona, fuor di quelle contemplate nella disposizione proibitiva della legge, il contratto di cessione può aver luogo con piena validità. È solo per effetto di questa disposizione proibitiva, che a quelle determinate persone diviene illecito tale contratto; e ciò per motivi d'ordine pubblico riferibili alla condizione delle persone medesime, non alla natura di ciò che forma oggetto d'obbligazione per una delle parti, e causa d'obbligazione per l'altra.

Crediamo quindi che non sia caso questo di inesistenza giuridica del contratto, ma solo di una nullità dichiarata dal legislatore per dare una sanzione efficace alla propria disposizione proibitiva.

Resta la questione, se tale nullità sia da qualificarsi *assoluta*, proponibile da qualunque persona interessata, e quindi tanto dal debitore ceduto, che dal cedente e dal cessionario, o sia invece da qualificarsi *relativa*, e in questo caso se la facoltà di proporla sia da limitarsi al solo debitore ceduto, o da estendersi anche al cedente. Ma non crediamo qui necessario nè opportuno l'approfondire quest' altra parte della controversia, che trova sede più naturale nella spiegazione del ricordato art. 1458 del codice. Ci limite-

remo ad osservare, che l'essere d'ordine pubblico i motivi della proibizione recata da questo articolo, non basterebbe a dimostrare che la nullità da esso comminata debba necessariamente ritenersi *assoluta*; perchè — come altra volta accennammo — anche una nullità *d'ordine pubblico* può essere semplicemente *relativa*, qualora il concedere la corrispondente azione od eccezione a qualunque interessato possa trovarsi in opposizione allo scopo propostosi dal legislatore (1); e ciò appunto può sembrare che si verifichi in questo caso, avendo il legislatore voluto creare un'incapacità legale a carico di determinate persone, le quali perciò apparirebbe incongruo che potessero giovarsi di quella nullità, a cui esse medesime hanno dato causa col contravvenire alla legge.

Non solo una cosa, ma un fatto, che il promittente si fosse in un contratto obbligato ad adempiere, può essere per una speciale disposizione di legge escluso dal poter formare oggetto del contratto medesimo. Se ne ha esempio nell'art. 1628 del cod. civ., secondo il quale " nessuno " può obbligare la propria opera all'altrui servizio, che " a tempo, o per una determinata impresa ". La convenzione, pertanto, per la quale una persona obbligasse per tutta la durata della vita l'opera propria in servizio altrui, avrebbe un oggetto che *non può essere materia di convenzione*, e quindi mancherebbe, secondo l'art. 1104, *un requisito essenziale per la validità del contratto*. Nè sembra potersi dubitare che in tal caso il contratto non sarebbe soltanto nullo od annullabile, ma dovrebbe considerarsi come assolutamente inesistente in diritto; poichè mancherebbe la materia legalmente possibile della convenzione. Ed anche sotto altro aspetto si dovrebbe giungere alla medesima conclusione; giacchè nel contratto commutativo di locazione d'opera l'oggetto d'obbligazione d'una delle parti costituisce la causa d'obbligazione dell'altra;

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 545.

e nella specie essendo illecito l'oggetto dell'obbligazione che verrebbe assunta dal locatore, ed illecita quindi la causa dell'obbligazione del conduttore, la convenzione *non può avere alcun effetto* giusta la dichiarazione dell'art. 1119 cod. civ.

Indipendentemente poi da speciali disposizioni di legge, le cose od i fatti contrari a disposizioni generali — purchè tali da non potervisi derogare, a senso dell'art. 12 delle disposizioni premesse al codice civile — od allo spirito della legislazione vigente, secondo i principii direttivi in essa adottati, od all'ordine pubblico, od al buon costume, non possono formare oggetto d'una convenzione che abbia esistenza legale.

Così, per esempio, gli uffici e le cariche pubbliche non sono generalmente, secondo il sistema del nostro diritto pubblico, tra le cose incorporali suscettibili di proprietà e di trasmissione; nè sono quindi annoverabili tra i beni in commercio, suscettibili di essere materia di convenzione. A norma dello Statuto fondamentale del regno, spettano al Re le nomine a tutte le cariche dello Stato; il merito dovrebb'essere l'unico titolo pel conseguimento di tali funzioni, il bene pubblico dovrebb'essere il solo motivo di preferenza; la venalità degli uffici pubblici li degraderebbe, e sarebbe contraria all'ordine pubblico ed alla pubblica moralità, sostituendo alla degnità il peso del denaro e l'intrigo, e stimolando a prevaricare per rifarsi del troppo alto costo dell'impiego ottenuto. Vi furono da principio opinioni di autori e decisioni di tribunali, che vollero sostenere l'efficacia di convenzioni aventi simili oggetti, considerandole sotto l'aspetto, non d'una trasmissione diretta d'un pubblico ufficio, ma d'una *obbligazione assunta di dimettersi dall'impiego mediante una somma stipulata in corrispettivo del danno prodotto dalla dimissione.* Ma era troppo evidente che sotto l'una forma, o sotto l'altra, la sostanza della convenzione era la stessa; e che gli identici motivi d'ordine pubblico e di pubblica mora-

lità ostavano ad una dimissione convenuta per prezzo, al fine di lasciar vacante a favore d'altri un impiego, come ad una trasmissione diretta dell'impiego medesimo. Così non si dubita ormai più, nè in dottrina, nè in giurisprudenza, di riguardare come *non avvenuta* la convenzione, per la quale un funzionario pubblico si obbligasse a dimettersi dall'ufficio mediante una somma, che altri promettesse di pagargli; e di ritenere altrettanto di un contratto, pel quale un funzionario pubblico si associasse altri nell'esercizio e nel profitto della carica (1).

Così pure dovrebbesi considerare come non avvenuto un contratto di società per l'esercizio d'una casa di giuoco, o per operazioni di contrabbando. Alcuni autori limitano questa massima al solo caso di una società formata per esercitare la casa di giuoco o il contrabbando *all'interno;* per la considerazione che non spetti alle autorità dello Stato, in cui non sia fatta offesa alla morale nè all'ordine pubblico, il reprimere le infrazioni di leggi straniere, e togliere efficacia a convenzioni non aventi sostanzialmente in sè stesse nulla d'illecito, sol perchè turbino l'ordine pubblico o la moralità pubblica in uno Stato straniero (2). Ma ci sembra inammissibile che non siano da riguardarsi come intrinsecamente illecite tali convenzioni, solo perchè la loro esecuzione e i loro effetti non abbiano a svolgersi nell'interno dello Stato; ci sembra che il non essere i tribunali incaricati di reprimere le infrazioni, commesse all'estero, di leggi d'altro Stato, non possa avere alcuna influenza decisiva nella risoluzione del punto di cui ora trattiamo, concernente, non la supposta repressione, ma il dubbio se sia o no da reputarsi efficace in diritto una convenzione che offenda, sia pure in altro Stato, l'ordine pubblico e la moralità, e se siano quindi, o no, da accor-

(1) V. Toullier, t. VI, n. 161; Duvergier, *De la vente*, t. I, n. 207; Troplong, *De la vente*, t. I, n. 220; Demolombe, t. XXIV, n. 337, 338; Aubry e Rau, t. IV, § 344, nº 8 e 9.

(2) V. Aubry e Rau, t. IV, § 344, nª 25, § 378, nª 7.

darsi i mezzi di giustizia, per la esecuzione coattiva dell'obbligazione stessa; ci sembra in fine che l'accogliere la proposta limitazione non sarebbe senza danno anche per lo Stato che l'adottasse, qualora uguale massima venisse reciprocamente applicata negli Stati stranieri, relativamente alle convenzioni che fossero contrarie all'ordine pubblico ed alla pubblica moralità in quello. Perciò reputeremmo preferibile l'opinione professata in senso contrario da un altro autore (1).

Sarebbero pure da considerarsi come mancanti di esistenza giuridica per oggetto illecito quelle convenzioni, colle quali taluni assumono, mediante corrispettivo, di assicurare non ostante il contrario sentimento del pubblico, l'esito favorevole di spettacoli teatrali; e la convenzione del prosseneta, che assume di far riuscire un matrimonio, stipulando un tenue salario in caso di non riuscita, e un premio considerevole qualora il matrimonio si conchiuda; se — com'è opinione d'illustri giureconsulti — tali convenzioni debbono riguardarsi come contrarie alla moralità ed all'ordine pubblico (2).

L'ultimo requisito, che l'art. 1104 indica come *essenziale per la validità* d'ogni contratto, è *una causa lecita per obbligarsi*.

Per *causa* s'intende *il motivo giuridico, che determina ciascuna delle parti contraenti ad assumere la obbligazione*. E siccome non è concepibile un atto vero di volontà, senza un motivo giuridicamente bastante a determinarla, e senza l'accordo delle volontà delle parti è impossibile la formazione del contratto, è chiaro perciò che la mancanza della causa d'obbligazione deve produrre l'inesistenza giuridica del contratto medesimo.

Alla mancanza di causa deve poi parificarsi la falsità di essa, che si verifica quando la parte contraente siasi

(1) V. Délangle, *Des Sociétés commerciales*, n. 104.
(2) V. Demolombe, t. XXIV, n. 334, 335; Aubry e Rau, t. IV, § 344, nº 24.

obbligata in considerazione d'una causa, che supponeva, ma non era esistente; e la conseguenza non può perciò essere diversa, e il contratto deve riguardarsi come non avvenuto.

Ma non basta l'esistenza reale della causa, se questa non sia inoltre lecita (d° art. 1104 § 4° cod. civ.); e tale non è, qualora sia contraria alla legge, al buon costume, o all'ordine pubblico (art. 1122 cod. civ). L'essere *illecita* la causa deve pure farla equiparare alla mancanza di causa; poichè non sarebbe possibile che il legislatore accordasse la propria sanzione, e desse la forza di legge nei rapporti tra le parti (art. 1123 cod. civ.) ad una convenzione, il cui motivo giuridico determinante fosse contrario alle disposizioni del legislatore stesso, od all'ordine pubblico, od al buon costume. Nè basterebbe in tutti questi casi la semplice *dichiarazione di nullità* della convenzione; poichè, fosse pure questa una *nullità assoluta*, proponibile da qualunque persona interessata, dipenderebbe però sempre dalla volontà dei privati il proporre, o no, l'azione, l'opporre, o no, l'eccezione di nullità; e quindi rimarrebbe subordinato ai privati interessi il dare effetto ad un atto compiuto in opposizione alla volontà del legislatore, o ad un atto offensivo della morale o dell'ordine pubblico. Unico mezzo per guarentire l'interesse generale è dunque di riguardare l'atto come *non esistente*, negandogli qualunque effetto civile. Ed è ciò appunto che fu espressamente dichiarato nell'art. 1119 del cod. civ., per tutti i casi in cui un'obbligazione contrattuale sia *senza causa*, o sia fondata sopra una *causa falsa od illecita*.

Oltre ai requisiti comuni a tutti i contratti, dei quali finora parlammo, ve ne sono per alcuni di essi altri speciali riguardanti la forma estrinseca; i quali allorchè siano prescritti dalla legge, non pel semplice scopo di costituire *la prova* delle convenzioni avvenute, ma per integrare gli elementi necessari alla loro formazione, o come si suol dire, *ad essenza*, divengono indispensabili affinchè il contratto

prenda vita legale, e la loro mancanza produce quindi la inesistenza giuridica del contratto stesso, non ostantechè l'accordo della volontà delle parti possa essersi realmente verificato.

Intorno a ciò non avremmo che a ripetere le cose già dette intorno alla donazione, che è un *contratto solenne* (1); qualificazione questa applicabile parimente a qualsiasi convenzione, la cui efficacia sia subordinata dalla legge all'osservanza di determinate forme estrinseche. Sono esse imposte dal legislatore per alcuni contratti di maggiore importanza, allo scopo di guarentire la verità e libertà del consenso prestatovi dalle parti contraenti; ond' è che alla esistenza del consenso medesimo, anzichè alla semplice *prova*, si attiene l'osservanza di quelle formalità, e l'inadempimento di esse ha quindi la conseguenza di doversi considerare il consenso come non prestato, e il contratto come inesistente (2).

Così avviene della *donazione* — di cui già abbiamo ampiamente discorso — perchè l'art. 1056 dichiara che " tutti " gli atti di donazione debbono essere fatti *per atto pubblico* " altrimenti sono nulli „; del *contratto di matrimonio*, perchè l'art. 1382 stabilisce che " i contratti matrimoniali " devono essere stipulati per atto pubblico avanti notaio " prima del matrimonio „; di tutte le convenzioni enumerate nell'art. 1314, delle quali è detto che " devono farsi " per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di " nullità „; dell'atto costituitivo d'ipoteca convenzionale, che dev'essere *pubblico o per scrittura privata* (art. 1978 cod. civ.) e contenere le indicazioni stabilite dall'art. 1979.

In altri casi invece alcune formalità sono richieste in certi atti, non veramente allo scopo d'integrare gli elementi costitutivi della loro formazione, ma per fini concernenti unicamente *la prova*, o in relazione soltanto a determinati

(1) V. sopra, n. 100, p. 579, ss.
(2) V. Demolombe, t. XXIV, n. 33; Aubry e Rau, t. IV, § 341, n° 6; Laurent, t. XV, n. 457, p. 516.

particolari effetti degli atti medesimi; ed allora la mancanza di quelle formalità non produce l'inesistenza giuridica dell'atto, ma la impossibilità di trarne la piena prova da quel documento in cui le forme prescritte dalla legge non furono osservate, o di ottenerne quei particolari effetti che dall'adempimento delle forme predette la legge faceva dipendere.

Così l'art.1341 del codice nella sua prima parte, richiede, indirettamente la *prova per iscritto* per tutte le convenzioni il cui oggetto ecceda il valore di 500 lire. Ma non per questo si può ritenere che una convenzione, non compresa tra quelle indicate nell'art. 1314, debba riguardarsi come inesistente in diritto, se non sia fatta per atto pubblico o per scrittura privata. La disposizione predetta dell'art. 1341 riguarda unicamente *la prova*; la quale sarà più difficile, o potrà anche talvolta divenire impossibile per la mancanza d'un atto privato, essendo dalla legge vietata l'ammissione della prova testimoniale. Tuttavia questa pure potrebbe rendersi eccezionalmente ammessibile, qualora si avesse un *principio di prova per iscritto* (art. 1347 cod. civ.); ed anche indipendentemente da ciò, altre prove potrebbero esser prodotte, quali sono la confessione della parte e il giuramento. Qualora con qualsiasi mezzo permesso dalla legge si riuscisse a provare la convenzione, essa avrebbe tutti gli effetti che ne son proprii, non ostante il valore del suo oggetto eccedente le 500 lire, e non ostante la mancanza di prova per iscritto (1).

Più ancora; supposta pure la impossibilità di provare la convenzione in mancanza della scrittura, essendo dalla legge esclusa la prova testimoniale e con essa quella per presunzioni (art. 1354 cod. civ.), nondimeno dipenderebbe dalla volontà delle parti l'ammettere l'esistenza del contratto e dargli esecuzione; ciò che non potrebbe avvenire se il contratto fosse veramente inesistente in diritto,

---

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 306, nº 3.

perchè non può essere rimesso all'arbitrio delle parti il dar vita legale ad un contratto che realmente non l'abbia, e non ostante l'esecuzione operatane volontariamente, ciascuna di esse potrebbe ripetere ciò che avesse pagato (art. 1237 cod. civ.) (1). Nel nostro codice si tenne presente questa considerazione, che qui non si trattava di forme da richiedersi ad essenza dell'atto, ma concernenti soltanto la prova di esso; epperò fu modificata la espressione del corrispondente art. 1341 del codice Napoleone, che diceva “ *dovere stendersi un atto per mezzo di notaro, o per iscrittura* “ *privata*, sopra qualunque cosa la quale ecceda la somma “ o il valore di centocinquanta lire „ e si disse invece semplicemente che “ *non è ammessa la prova per mezzo* “ *di testimoni* di una convenzione sopra un oggetto il cui “ valore eccede le lire cinquecento „. Così fu tolto ogni dubbio possibile, fu esclusa affatto l'idea d'una inesistenza giuridica del contratto, e fu limitata la disposizione a negare che come *piena prova* del contratto, il cui oggetto ecceda il valore di 500 lire, possa accettarsi la testimoniale; lasciando luogo, del resto, agli altri mezzi di prova ammessi dalla legge, ed anche a quella per testimoni o per presunzioni, qualora vi sia un principio di prova per iscritto.

Un'altra disposizione di legge relativa alla forma estrinseca dell'atto, ma che concerne unicamente la *prova*, e la cui mancanza non potrebbe quindi cagionare l'inesistenza giuridica dell'atto medesimo, è quella dell'art. 1325 del codice civile. Ivi è stabilito che “ La polizza, o promessa “ per iscrittura privata, colla quale una sola delle parti si “ obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro, “ o a darle altra cosa valutata in quantità, *debb'essere* “ *scritta per intero di mano di chi la sottoscrive, o per lo* “ *meno è necessario che questi alla sua sottoscrizione aggiunga* “ *di propria mano un* BUONO *od* APPROVATO *indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa* „.

---

(1) V. LAURENT, t. XV, n. 457, p. 517.

Questa disposizione è diretta a prevenire le frodi, che potrebbero facilmente verificarsi relativamente alle obbligazioni in essa contemplate, e specialmente gli abusi che potrebbero commettersi d'una sottoscrizione rilasciata in foglio bianco, od apposta senz'aver letta la scrittura d'altra mano, che nel foglio fosse stesa. Or ciò concerne evidentemente *la prova*, che la scrittura privata può fare, non certo l'*essenza dell'atto o della convenzione* a cui riguarda. Difatti il legislatore, dichiarando che la scrittura d'obbligazione unilaterale debba essere intieramente di mano di chi la sottoscrive, od almeno, oltre la sottoscrizione, portare un *buono* od *approvato* di mano di chi si obbliga, indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa, non soggiunge però che ciò sia da osservarsi *sotto pena di nullità*. E dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'inosservanza di quella disposizione " non " eserciti alcuna influenza sulla validità dell'obbligazione " — non ostantechè qualche autore insegni che la polizza o promessa per iscrittura privata, mancante delle forme richieste, sia da riguardarsi come *nulla*, nel senso di non poter servire come mezzo di prova letterale — che " la " sola conseguenza, risultante dall'omissione delle forme " volute dalla legge, debba consistere *nel non potere l'atto* " *formare da sè solo prova completa dell'obbligazione* enun- " ciatavi " e che, del resto, nulla vieti " potersi quell'atto " considerare come un *principio di prova per iscritto*, di " tale natura da rendere ammissibile la prova testimoniale, " od anche delle semplici presunzioni, o da autorizzare il " deferimento d'un giuramento suppletivo " (1).

Abbiamo notato che oltre ai casi nei quali le formalità sono richieste in alcuni atti pel solo effetto della *prova*, che da tali atti può trarsi, ve ne sono altri in cui la legge prescrive forme da osservarsi in determinati atti affinchè

---

(1) V. Demolombe, t. XXIX, n. 491, 492; Aubry e Rau, t. VIII, § 756, nⁱ 82, 83, 84; Laurent, t. XIX, n. 262, 263, 530.

possano produrre dati effetti particolari; i quali perciò in mancanza di quella forma non si possono conseguire, rimanendo per altro ferma la efficacia degli atti medesimi per ogni altro effetto. E di ciò porgono esempio le disposizioni degli articoli 1880 e 1881 relative al contratto di pegno. In esse sono determinate alcune forme da adempiersi nell'atto costitutivo del pegno, e senza le quali *non può aver luogo il privilegio*, che la legge ne fa derivare in favore del creditore pignoratario, a cui conferisce il diritto di farsi pagare sulla cosa pignorata con prelazione agli altri creditori (art. 1879 cod. civ.). Con ciò è determinata dal legislatore la sanzione unica, colla quale egli volle assicurare l'osservanza delle predette sue disposizioni. Ma sarebbe un errore manifesto il volere spingere le conseguenze di quella inobbedienza alla legge, consistente nell'avere omesse le forme da essa prescritte nei citati articoli 1880 e 1881, fino a ritenere in tali casi *inesistente il contratto di pegno*. Le forme preindicate sono testualmente prescritte per l'unico effetto che tale contratto, quando sia perfettamente regolare, produce a fronte dei terzi, e che consiste nel *privilegio;* nè può esservi dubbio che in mancanza di quelle forme *il* privilegio *non ha luogo*, come quegli articoli stessi dichiarano espressamente. Ma il contratto di pegno produce prima di tutto effetti civili nei rapporti tra creditore e debitore, e principalmente conferisce al primo un *diritto di ritenzione*, in virtù di cui può rifiutarsi alla restituzione della cosa data in pegno finchè non gli sia intieramente pagato il capitale con gli interessi e le spese del debito (art. 1888 cod. civ.). Ora, è principio certo, risultante dal testo stesso delle disposizioni della legge in questa materia, ed ammesso senza contestazioni dalla dottrina, che le condizioni di forma prescritte pel contratto di pegno, riguardano soltanto l'attivazione degli effetti di esso verso i terzi, e specialmente il diritto di prelazione a fronte degli altri creditori, ma che " la validità " del contratto di pegno, in ciò che concerne gli effetti

" suoi tra le parti, non è sottoposta all'osservanza di " veruna formalità estrinseca „ (1). Non può dunque dubitarsi che l'inadempimento delle formalità prescritte nei ricordati articoli 1880 e 1881 non osta alla esistenza giuridica del contratto, poichè gli lascia ciò non ostante produrre tutti gli effetti suoi ordinari tra creditore e debitore, quantunque abbia per conseguenza di non dare luogo al privilegio rimpetto agli altri creditori.

102. Esponendo i principii fondamentali adottati dalla dottrina circa la distinzione tra l'inesistenza giuridica e la semplice nullità o l'annullabilità degli atti, riferimmo come tra le differenze caratteristiche dell'una e dell'altra gli autori segnalino per prima questa, che l'*inesistenza di un atto è indipendente da qualunque dichiarazione giudiziale* (2). Bisogna per altro intendere sanamente questa massima; colla quale non si vuol già significare che non sia proponibile in giudizio, o non possa essere anzi talvolta necessaria una dimanda formale, affinchè l'autorità giudiziaria dichiari che un determinato atto, quantunque apparente, non abbia alcuna esistenza legale, nè possa produrre verun effetto giuridico; ma solo si vuol porre in evidenza che mentre l'atto semplicemente nullo produce, non ostante la sua invalidità, gli effetti che sono propri della natura sua, finchè non sia intervenuta sentenza avente autorità di cosa giudicata, che riconosca e pronunci quella nullità, l'atto inesistente invece è inabile per se stesso a produrre qualsiasi effetto civile, indipendentemente da una formale dichiarazione, che la competente autorità giudiziaria debba aver pronunciata, della inesistenza di quell'atto.

Nel diritto francese è accettato come canone incontestabile, che qualsiasi nullità debba, di regola generale, essere pronunciata per sentenza; e ciò senza distinguere

(1) V. Pont, *Des petits contrats*, t. II, n. 1098; Aubry e Rau, t. IV, § 432, n° 5.
(2) V. sopra, n. 97, p. 529.

tra i casi in cui la legge si limiti ad aprire contro un atto un'azione di nullità, e quelli in cui dichiari invece essa stessa la nullità, ancorchè soggiunga che questa s'incorra *di pien diritto*. Una sola eccezione risulterebbe dall'articolo 686 del codice francese di procedura civile, che vieta al debitore pignorato, dal giorno della trascrizione del pignoramento, di alienare gl'immobili che ne formano oggetto, *sotto pena di nullità e senza che vi sia bisogno di farla pronunciare* (1). La regola predetta trova veramente nel codice francese un appoggio speciale nella disposizione dell'art. 1117, ove è detto che “ la convenzione contratta “ per errore, violenza, o dolo *non è nulla ipso jure, ma dà* “ *luogo soltanto ad agire per la nullità* o per la rescissione... „ E già avvertimmo altra volta come un giureconsulto nostro, osservando che il codice italiano “ riprodusse la sostanza “ degli articoli 1108 al 1116 della legge francese, fermandosi precisamente all'art. 1117 *exclusive* „ abbia reputato di poterne dedurre un argomento contro la distinzione tra la inesistenza giuridica e la semplice nullità od annullabilità degli atti; ma riportammo nel medesimo tempo le ragioni addotte da un altro egregio scrittore per dimostrare la niuna influenza di quella omissione (2). È notevole inoltre, che la regola ritenuta dagli autori francesi si estendeva assai più che i termini del ricordato art. 1117; il quale riguardava soltanto le azioni di nullità per vizi del consenso nei contratti, mentre essa regola comprendeva in genere tutte le nullità stabilite dalla legge, senza distinzione alcuna. E pare a noi che la stessa massima sia pure adottabile secondo il codice italiano, sebbene in esso non sia stata scritta una distinzione simile a quella dell'art. 1117 del codice francese.

Nessun dubbio ci sembra potersene sollevare in riguardo a quei casi, in cui la legge si limiti ad aprire in favore di

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 37; Aubry e Rau, t. I, § 37, n^e 15, 16, 17; Laurent, t. XVIII, n. 532.

(2) V. sopra, n. 97, p. 556, ss.

persone determinate azioni di nullità contro certi atti; i quali perciò reputammo potersi qualificare come semplicemente *annullabili*, differenziandoli così da quelli in cui la legge dichiara essa stessa la nullità, o assoluta o relativa, di certi altri atti, che per questa ragione diremmo non *annullabili* soltanto, ma *nulli* (1). Allorchè la legge apre in favore d'una delle parti contraenti un'azione di nullità o di rescissione, per vizi di consenso, per incapacità civile della parte stessa, o per lesione, è troppo chiaro che questa *facoltà* data alla parte, d'impugnar l'atto o il contratto, non potendo da lei essere esercitata fuorchè davanti l'autorità giudiziaria, è indispensabile una sentenza pronunciata da questa, affinchè l'annullamento abbia luogo; e finchè ciò non avvenga, la convenzione, quantunque annullabile, conserva la sua efficacia giuridica, produce tutti gli effetti civili, di cui è per la natura sua suscettibile, non solo per l'altra parte contraente, che non può mai prevalersi dell'annullabilità, ma per quella stessa a cui è concesso di poterla invocare. Secondo una teoria contraria, che già altra volta accennammo, i vizi del consenso, la incapacità civile della parte " sono *causa di nullità*, causa efficace, producente " necessariamente l'effetto della nullità... in forza della " legge giuridica, la quale, dati certi fatti, pronunzia direttamente la nullità del contratto; ed all'autorità giudiziaria non può essere demandato altro uffizio che quello " di apprezzare le prove e giudicare se si avverino, oppure " no, nel caso in contestazione, quelle condizioni di fatto " che la legge giuridica presuppone nella sua regola generale..... In conseguenza lo stesso codice italiano stabilì " formalmente che un contratto nullo per causa di errore, " di violenza, o di dolo, o di incapacità civile (minori e " mogli non autorizzate) rimane perpetuamente nullo, nè " occorre azione rescissoria per oppugnarlo in un dato " termine, ciò che la legge italiana esprime dichiarando

(1) V. sopra, n. 97, p. 539.

" imprescrittibile e perpetua l'eccezione (art. 1302) " (1). Sono in gran parte le stesse idee, alle quali nel luogo sopra ricordato cercammo di rispondere, parendoci di poterlo fare efficacemente. Che nella disposizione della legge stia il fondamento della possibile annullazione degli atti infetti di vizi del consenso, o d'incapacità civile d'una delle parti contraenti, e che la sentenza non possa creare, ma solo dichiarare la nullità di quegli atti, sono cose che non ammettono dubbio. Ma resta a vedere se sia altrettanto vero che la legge pronunzi essa stessa direttamente tale nullità, e che la sentenza dichiarativa di essa non sia necessaria affinchè vengano attuate le conseguenze della nullità stessa. Ed è in ciò che non potremmo convenire coll'illustre giureconsulto le cui argomentazioni abbiamo riferite. Egli diceva che i vizi del consenso e l'incapacità civile sono *cause producenti necessariamente l'effetto della nullità*, mentre la legge lascia *in facoltà* della parte, il cui consenso fu imperfetto, o che era civilmente incapace, di esigere l'adempimento del contratto come valido, o d'impugnarlo come nullo; dice che la legge *pronunzia direttamente la nullità del contratto*, mentre essa si limita ad attribuire all'incapace, od al contraente che prestò il consenso per errore, violenza o dolo, un'*azione di nullità* esperibile soltanto entro un breve tempo (art. 1300 cod. civ.); dice che il contratto rimane *perpetuamente nullo, nè occorre azione rescissoria per oppugnarlo in un dato termine*, e ciò in contraddizione aperta col testo dell'articolo ora citato, il quale stabilisce invece un termine di rigore, entro cui soltanto si può impugnare il contratto, e trascorso il quale questo non è più annullabile *in via di azione*. E l'unico argomento reputato decisivo per sostenere tutte queste affermazioni, che sono in evidente disaccordo col testo della legge, viene fondato dall'autore sulla disposizione dell'art. 1302, che contemplando il caso in cui la nullità venga opposta *in via di*

---

(1) V. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Capo XXXV, p. 244.

eccezione, dichiara questa *non soggetta alla prescrizione stabilita dall'art.* 1300. Ma tale disposizione dipende da tutt'altro concetto, che dal riguardare come *perpetua l'annullabilità del contratto* nei casi ivi contemplati; e non è altro che un'applicazione del principio: *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua fiunt ad excipiendum.* L'eccezione, non essendo che un mezzo di difesa, e supponendo quindi l'attacco, non può essere estinguibile per un decorso di tempo minore di quello per cui si estingue l'azione, alla quale viene contrapposta. E quantunque l'azione per far dichiarare la nullità di un atto o di un contratto vada soggetta ad una prescrizione più breve, finchè però dura l'azione dell'altra parte per chiedere l'eseguimento dell'obbligazione, dev'essere opponibile la nullità *in via di eccezione*. Questa è regola fondata sulla natura stessa delle cose, e però generalmente ammessa. Poteva dubitarsi — ed era veramente controverso sotto il codice francese, in causa del suo silenzio sovra un punto risolto contrariamente dalla legislazione anteriore — se tale regola fosse da applicarsi anche per le *eccezioni di nullità o di rescissione;* e il legislatore italiano ha stimato perciò opportuno di rispondere alla questione con una dichiarazione espressa, quale appunto fu scritta nel secondo paragrafo dell'art. 1302. Ma collo stabilire che mentre le azioni di nullità o di rescissione sono prescrivibili nel decorso di cinque anni, l'eccezione di nullità e di rescissione è invece *opponibile per tutto quel tempo durante cui sia esercibile l'azione alla quale viene contrapposta*, il legislatore è stato certamente ben lontano dal proclamare la massima che *le azioni di nullità dei contratti, per vizi di consenso o per incapacità civile, siano perpetue.*

Dopo ciò reputiamo impossibile disconoscere che anche nel diritto nostro, per quanto riguarda i casi nei quali la legge si limiti ad aprire in favore di determinate persone azioni di nullità contro certi atti, sia da osservarsi il principio che la nullità debba essere pronunciata per sentenza, affinchè si attuino le conseguenze giuridiche di tale nullità.

E lo stesso crediamo doversi con pari sicurezza ritenere in riguardo alle nullità dichiarate direttamente dalla legge, qualora siano soltanto *relative* a determinate persone; poichè unicamente a queste essendo riservata la facoltà di proporre l'azione o la eccezione di nullità, e tale facoltà non potendo essere esercitata fuorchè davanti l'autorità giudiziaria, sembra chiara ugualmente la necessità di una sentenza, che faccia diritto alla domanda di annullamento; in mancanza di che l'atto soggetto ad essere annullato mantenga la sua efficacia, non solo per l'altra parte, da cui la nullità non può essere invocata, ma pure per la parte, stessa dalla cui volontà dipende il provocarne la dichiarazione. Così, qualora siano stati alienati beni dotali, senzachè nel contratto di matrimonio ne sia stata permessa l'alienazione, nè siano state osservate le condizioni e formalità stabilite dall'art. 1405 del codice civile, o qualora i beni d'un minore soggetto a patria podestà od a tutela siano stati comprati dal genitore esercente la patria podestà o dal tutore, il contratto di alienazione sortirà nondimeno tutti gli effetti che secondo la legge ne derivano, finchè ad istanza del marito o della moglie o degli eredi di questa nel primo caso, o ad istanza del minorenne stesso divenuto capace, o di chi legittimamente lo rappresenti nel secondo caso, non sia emanata la sentenza che dichiari la nullità dell'alienazione.

Il dubbio, se mai, sarebbe limitato alle ipotesi delle *nullità assolute*, specialmente se *d'ordine pubblico*. E nondimeno, anche riguardo a queste, crediamo facile dimostrare che la nullità dev'essere pronunciata per sentenza; fino all'emanazione della quale l'atto o il contratto, sebbene veramente nullo, è da considerarsi, per tutti gli effetti legali, come se fosse valido. Basterà, intorno a ciò, richiamare le osservazioni che altrove abbiamo avuto occasione di fare (1). L'essere assoluta la nullità di un atto la rende proponibile

(1) V. sopra, n. 97, p. 547, ss.

da qualsiasi interessato. Ma se nessuno di coloro a cui l'atto può nuocere reputa del suo interesse di promuoverne l'annullamento, se tutti sono d'accordo nel volerlo considerare come efficace, e dargli piena esecuzione, perchè la legge s'imporrebbe ai privati in ciò che riguarda i loro particolari interessi? I casi, che possono dar luogo a più gravi riflessioni in contrario, sono quelli in cui la nullità sia, non solo assoluta, ma d'ordine pubblico; nei quali casi essa può essere rilevata anche *d'ufficio* dai giudici. Se non che, in questi casi stessi — come già notammo nel luogo sopra ricordato — non mancando nell'atto alcuno degli elementi necessari alla sua esistenza giuridica, esso ha vita legale finchè dalla competente autorità giudiziaria non ne sia riconosciuta e dichiarata la nullità; e poichè supponiamo che tale dichiarazione non sia promossa da alcuno di coloro che per un legittimo interesse lo potrebbero, nè ai giudici sia porta occasione di pronunciarla d'ufficio, perchè l'atto nullo non sia prodotto davanti a loro come fondamento di alcuna domanda od eccezione, quell'atto produrrà dunque intanto tutti gli effetti che ne son proprii, non altrimenti che se fosse pienamente valido (1).

Non può dirsi altrettanto allorchè si tratti di un atto, che mancando di qualche elemento essenziale per la sua formazione, sia da considerarsi come inesistente giuridicamente. Ciò che non esiste in diritto, non è suscettibile di produrre in diritto alcun effetto; nessuno potrebbe attribuirgliene la volontà delle persone interessate; nessuno può derivargliene dal non essere riconosciuto e dichiarato in giudizio che quell'atto, non ostante la sua apparenza, non ha vita legale. Così avverrà che tutti potranno, senza incorrere in veruna responsabilità, regolare le loro azioni, considerando quell'atto come non avvenuto, e quando mai taluno lo invocasse per qualche effetto giuridico, che pretendesse esserne derivato, tutti potranno e in qualunque

(1) V. Laurent, t. XVIII, n. 532, 533.

tempo opporre che di nessun effetto è mai stato suscettibile.

In questo senso devesi, a nostro avviso, intendere la massima, che l'inefficacia degli atti inesistenti è indipendente da qualunque dichiarazione giudiziale; mentre qualsiasi nullità, ancorchè assoluta e d'ordine pubblico, ha bisogno d'essere pronunciata mediante sentenza.

Per altro, come già avvertimmo in principio di questo numero, non è esclusa con ciò la proponibilità di un'azione giudiziale per far riconoscere e dichiarare la inesistenza giuridica di un atto. Questo, se anche non ha vita legale, ha però un'apparenza, che può farlo reputare suscettibile di effetti giuridici, ed esporre quindi a molestie coloro contro i quali codesti effetti sarebbero operativi. Queste persone hanno pertanto un interesse giuridico a prevenire tali molestie, provocando una dichiarazione giudiziale, che accerti una volta per sempre, rimpetto a coloro contro cui venga pronunciata, la completa inefficacia di quell'atto. E se hanno questo interesse legittimo, perchè non avrebbero la corrispondente azione? Certamente, la domanda in giudizio non potrebb'essere formulata nello stesso modo di quella diretta ad ottenere una dichiarazione di nullità; nè la pronunzia dell'autorità giudiziaria potrebbe farsi nel medesimo senso e con identici effetti. Nel caso di nullità, sia pure assoluta e d'ordine pubblico, si chiede ai giudici, ed essi pronunciano, la distruzione di un atto, che finallora ebbe in realtà una esistenza legale, e fu suscettibile di produrre effetti giuridici, i quali cessano appunto in forza della sentenza dichiarativa della nullità, sebbene ciò avvenga con retroattività, dovendosi l'atto, una volta annullato, considerare come privo fin da principio di efficacia giuridica; ed è in tal senso che l'art. 1236 del codice annovera l'annullamento tra i *modi con cui si estinguono le obbligazioni*. Nel caso invece di un atto assolutamente inesistente, non sarebbe possibile formulare la domanda, nè pronunciare la sentenza nel senso predetto; perchè non si annulla ciò che

non ha mai esistito. Nondimeno la dichiarazione appunto che, nonostante l'apparenza di un determinato atto, esso non ha una vera esistenza giuridica, e non è quindi suscettibile di alcuno effetto, può presentare un interesse, che legittimi la domanda e la pronunciazione della sentenza (1). Anzi talvolta può verificarsi la necessità di valersi di una tale azione; quando, per esempio, si tratti d'impedire gli effetti d'un contratto, a cui abbia preso parte una persona naturalmente incapace, provando che al momento della prestazione del consenso essa trovavasi in tale stato d'infermità mentale da renderle impossibile un atto vero di volontà.

103. È ritenuta in dottrina la massima, che " spetta " a qualunque giudice di riconoscere, anche d'ufficio, la " inefficacia di quegli atti, i quali non riunendo gli ele- " menti di fatto supposti dalla loro natura o dal loro og- " getto, e la cui mancanza rende logicamente impossibile " di concepirne l'esistenza, o non essendo stati accompa- " gnati dalle condizioni e solennità indispensabili per la " loro esistenza, secondo la lettera o lo spirito del diritto " positivo, debbono quindi essere considerati, non sola- " mente come nulli, ma come non avvenuti " (2).

Ciò costituisce un punto di contatto tra l'inesistenza giuridica ed una delle specie di nullità, cioè quelle che diconsi nullità *assolute* e *d'ordine pubblico*; perchè esse pure, quand'anche non siano opposte da quella delle parti che vi avrebbe interesse, possono e debbono essere rilevate d'ufficio dai giudici; ma nel medesimo tempo costituisce anche un punto di differenza rispetto alle altre specie di nullità, che non possono essere pronunciate fuorchè sovra istanza della parte interessata.

Qualora la domanda o la eccezione d'una delle parti in causa si fondi sopra un atto infetto di nullità assoluta e

(1) V. Laurent, t. XVI, n. 465, p. 586.
(1) V. Zachariæ, t. I, § 37, n° 8; Aubry e Rau, t. I, § 37, n° 5.

di ordine pubblico, ancorchè l'altra parte non avverta e non opponga nelle sue difese codesta nullità, che priva di fondamento la domanda o l'eccezione avversaria, spetta ai giudici il rilevare d'ufficio la nullità stessa; non essendo comportabile che vengano accolte istanze, attribuendo efficacia ad atti che non possono averla in forza d'una nullità a cui le parti non hanno facoltà di rinunciare, se riguardano l'interesse generale anzichè il loro interesse privato; ed essendo assurdo che si dia il braccio della giustizia per l'esecuzione di un atto che offenda l'ordine pubblico, e per questa causa sia nullo.

A maggior ragione devesi ammettere lo stesso in ordine agli atti assolutamente inesistenti in diritto, perchè mancanti di qualche elemento, o intrinseco o estrinseco, indispensabile per la loro formazione, per dare ad essi vita legale. Anche qui, il non essere rilevata dalla parte, che vi avrebbe interesse, la inesistenza giuridica dell'atto che le viene opposto, non può avere conseguenze in diritto; poichè non si tratta di materia nella quale possa esercitare influenza la rinuncia della parte a prevalersi di un mezzo di difesa che le competerebbe, mentre al contrario è inconcepibile l'idea che la volontà della parte stessa valga ad infondere vita legale in un atto che assolutamente ne manca, e ad attribuirgli effetti giuridici che non ha, nè ha potuto aver mai. Anche qui sarebbe assurdo che coll'autorità di una sentenza si convertisse il nulla in un atto produttivo di effetti legali, ed è questa appunto una riflessione, che dimostra doversi tanto più applicare ai casi d'inesistenza giuridica la massima ritenuta per gli atti di semplice nullità, ma assoluta e d'ordine pubblico; poichè in questi, se non venisse rilevata d'ufficio tale nullità, non si darebbero almeno esistenza ed effetti giuridici ad un atto che non può averne, ma solo si lascierebbe sussistere un atto soggetto ad essere annullato, e si lascierebbero continuare quegli effetti che l'atto medesimo conserva senz'altro finchè l'annullazione non ne sia pronunciata.

La massima predetta, che la inesistenza giuridica di un atto possa e debba essere riconosciuta, anche d'ufficio, dai giudici, va intesa, del resto, con limitazione alla ipotesi enunciata, che l'atto inesistente giuridicamente sia prodotto come fondamento d'una domanda o d'una eccezione proposta davanti l'autorità giudiziaria; ed è appunto nel giudicare di tale domanda od eccezione, che l'autorità stessa deve *riconoscere* l'inesistenza giuridica dell'atto, se si verifica, e conformare a ciò la propria decisione. Di che segue poi eziandio che l'inesistenza giuridica dell'atto non possa essere così ritenuta d'ufficio, se non quando dall'atto stesso, o dalla istruzione fatta eseguire dalle parti, risulti che gli manchi qualche elemento essenziale. Ma non potrebbe, per esempio, l'autorità giudiziaria ordinare d'ufficio una istruzione per accertare se una delle parti contraenti fosse stata, o no, sana di mente al tempo del prestato consenso, qualora codesta causa d'inesistenza del contratto non fosse stata dedotta in giudizio dalla parte interessata.

Nè poi dallo spettare ai giudici di rilevare d'ufficio l'inesistenza giuridica di un atto o di un contratto sarebbe possibile dedurre la proponibilità *d'ufficio* di un'azione diretta a far riconoscere e dichiarare quella inesistenza. Ciò non potrebbe avvenire fuorchè mediante un'azione esercitata dal pubblico ministero. Ora, sebbene dall'articolo 139 della legge sull'ordinamento giudiziario 6 dicembre 1865 sia attribuita al pubblico ministero " azione diretta per far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessino i diritti dello Stato „ per ciò che riguarda più specialmente la facoltà, che possa spettare al pubblico ministero, di promuovere azioni davanti ai tribunali civili, è dichiarato nel successivo articolo 140, § 2° della medesima legge, che " Nelle materie civili dà il suo parere, e *procede anche per via di azione nei casi rispettivamente determinati dalla legge* „. Occorre dunque una speciale disposizione legislativa affinchè il pubblico ministero sia autorizzato a promuovere azioni per oggetti d'interesse generale davanti

all'autorità giudiziaria. Ed anche in materia di nullità vi è infatti qualche disposizione speciale in tal senso, come quella dell'art. 104 del codice civile, relativa all'impugnazione dei matrimoni, che siano stati contratti in contravvenzione agli art. 55, 56, 58, 59, 60 e 62. Ma per qualsiasi caso di nullità di atti, ancorchè assoluta e d'ordine pubblico, rispetto a cui non sia specialmente stabilito che il pubblico ministero possa promuovere azione per la relativa dichiarazione giudiziale, è da ritenersi ch'egli non potrebbe agire d'ufficio (1). Ciò essendo per le nullità, non ostante che per l'interesse generale possa essere talora di grave importanza il far distruggere un atto, che quantunque viziato di nullità per cause attinenti all'ordine pubblico, produce intanto effetti civili come se fosse perfettamente valido, finchè la nullità non ne sia stata pronunciata dalla competente autorità giudiziaria; sembra che tanto più debba ritenersi per gli atti, non solamente nulli, ma assolutamente inesistenti in diritto, i quali per se stessi, e indipendentemente da dichiarazione giudiziale, sono affatto inetti a produrre qualsiasi effetto giuridico. Che i privati possano qualche volta avere interesse a proporre un'azione per far dichiarare l'inesistenza giuridica di un atto, si comprende per le considerazioni che enunciammo nel numero precedente; ed allora è giustificata la esercibilità di tale azione. Ma che poi a far pronunciare una simile dichiarazione si trovi impegnato un interesse pubblico, talchè possa esservi motivo di deferire al ministero pubblico l'esercizio della relativa azione, non potrebb'essere che tanto più raro; e in ogni caso il non essere simile azione attribuita al ministero pubblico, per speciale disposizione di legge, basta per doverla escludere.

104. Un altro canone, ammesso quasi concordemente dalla dottrina, è che *gli atti inesistenti giuridicamente non*

(1) V. Solon, *Traité des nullités des conventions et des actes*, t. I, n. 482.

siano suscettibili di conferma. E veramente, considerati i puri principii teorici, ci parrebbe difficile sollevare contro questa massima dubbi che avessero un qualche fondamento.

Parliamo della *conferma* nel senso vero e proprio di questa parola, quantunque nel testo della legge si trovi l'*atto di conferma* considerato come una cosa stessa con quello di *ratifica* (art. 1309 cod. civ.).

L'*atto confermativo*, veramente, è quello mediante cui una persona, rinunciando alla facoltà, che le competerebbe, di impugnare come nullo o di far rescindere un atto o un contratto, ripara ai vizi di cui l'atto o il contratto medesimo era infetto, e lo convalida.

Per *atto di ratifica* s'intende invece più specialmente quello col quale una persona, in cui nome altri abbia agito, senz'averne mandato, approva per proprio conto l'atto, assoggettandosi alle obbligazioni in esso assunte per lei. Ora, ciò che fu operato senza mandato è indubbiamente da riguardarsi *come non avvenuto* rispetto alla persona in cui nome fu fatto; e nondimeno è altrettanto certo che questa persona può *ratificare*, tanto espressamente che tacitamente, quanto fu fatto per lei, giacchè " *ratihabitio mandato aequiparatur* „ (art. 1752 cod. civ.). È dunque possibile la *ratifica* — prendendo il senso specifico di questa parola — d'un atto, sebbene *inesistente giuridicamente*.

Ma non è così della *conferma* propriamente detta; la quale consistendo nella rinunzia ai mezzi legali, con cui potevasi impugnare un atto e farlo annullare o rescindere, ed avendo per fine e per effetto di riparare ai vizi di cui quell'atto era infetto, e convalidarlo, presuppone dunque necessariamente la esistenza giuridica dell'atto medesimo, nel quale concorrano tutti gli elementi essenziali per la sua formazione, e solo in qualcuno di essi si riscontrino imperfezioni, che possano in virtù della legge dar luogo ad annullamento o rescissione. Se un atto non sia che apparente, se esista solo di fatto, ma non abbia nè possa avere vita alcuna agli occhi della legge, sarà possibile rifarlo

ex novo, introducendovi quegli elementi essenziali che vi mancano, ma non è possibile convalidarlo mediante una *conferma*. Questa, come dice la parola stessa, ha per carattere suo essenziale di *render fermo* un atto od un contratto che non lo era prima completamente, non di ricostituirlo come atto nuovo; e render fermo il nulla è l'impossibile, è l'assurdo. L'atto confermato e l'atto confermativo sono essenzialmente correlativi; essendo questo destinato a completare e perfezionare quello. Il confermativo è quindi inconcepibile, se il confermato non esista affatto in diritto; e solo potrebbe valere come atto o contratto nuovo, indipendentemente dall'anteriore meramente apparente, qualora di formare una nuova convenzione avessero veramente avuto intenzione le parti.

Queste considerazioni di somma evidenza furono notate nella discussione del codice francese, e diedero anzi motivo a qualche mutamento, che venne introdotto nel progetto, circa l'articolo 1338 di quel codice, corrispondente al 1309 del codice nostro. Nella predetta disposizione, com' era formulata nel progetto, parlavasi dell'*atto di conferma o ratifica d'un atto radicalmente nullo;* alla quale espressione fu sostituita l'altra: " l'atto di *conferma o ratifica d'una " obbligazione contro la quale la legge ammette l'azione di " nullità o di rescissione* „ e ciò sulle seguenti osservazioni fatte da Jaubert nel suo rapporto al Tribunato, e ripetute nei discorsi di Favard De Langlade al Corpo legislativo, e di Mouricault al Tribunato.

" Una idea semplice e vera — diceva il Jaubert — si " è che non possano essere conformate nè ratificate in " veruna maniera pretese convenzioni, di cui la legge non " abbia mai riconosciuta l'esistenza „.

Davanti al Tribunato si osservò, che l'espressione adoperata nel progetto, di *atti radicalmente nulli*, poteva cagionare incertezze e dar luogo ad arbitrii; e che la disposizione doveva essere concepita in maniera " da tracciare " una linea ben marcata di separazione *tra le nullità irre-*

“ *parabili, e quelle a cui si può riparare* „. Citavansi, come esempi del primo ordine di dette nullità, *le obbligazioni contratte da impuberi*, che si proponeva di dichiarare inefficaci in tutti i casi e per tutte le parti, e quelle *dipendenti da causa illecita;* soggiungendo, che queste specie di obbligazioni dovevano considerarsi dalla legge *come se non fossero mai esistite*, ed erano *infette d'un vizio intrinseco, il quale non permetteva che potessero mai essere convalidate.* La distinzione tra l'inesistenza giuridica e l'annullabilità degli atti era così nettamente tracciata, e l'esclusione della *conferma* rispetto agli atti inesistenti giuridicamente era chiaramente stabilita.

Nondimeno il Merlin, che aveva dapprima abbracciata questa teoria (1), fu con insolita vivacità combattuto dal Toullier; il quale accusò *di manifesto errore* ciò che il Jaubert aveva enunciato come un principio evidente, e in appoggio della sua censura adduceva: che una convenzione inesistente agli occhi della legge, una convenzione la cui nullità non ha bisogno d'essere proposta nè per via di azione, nè per via di eccezione, è quella, per esempio, di chi agendo per altri senz'averne mandato, venda la cosa altrui, e nondimeno la vendita può essere ratificata dal proprietario, tanto espressamente che tacitamente a senso dell'articolo 1998 del codice francese (art. 1752 del cod. italiano): che dunque non è vero non essere suscettibile di conferma una convenzione di cui la legge non riconosca affatto l'esistenza, sebbene sia vero che a convenzioni di tale natura non sono applicabili le condizioni prescritte per la conferma dall'articolo 1338 (corrispondente al 1309 del codice italiano) (2).

Il Merlin, confessandosi vinto da questa confutazione, si ritrattò dichiarando che “ il preteso principio, da lui “ prima adottato, non era che un'asserzione puramente

---

(1) V. Merlin, *Rep.*, v° *Ratification*, n. 9

(2) V. Toullier, t. VIII, n. 518.

" gratuita, un errore creato dall'immaginazione dei tribuni;
" e dolendosi di averla riprodotta sulla loro parola e senza
" esame „ (1). Eppure gli autori francesi, che scrissero dopo su questa materia, sconfessarono tutti la teoria del Toullier; la quale infatti non aveva altro fondamento che un manifesto equivoco, essendovi scambiato *l'atto di ratifica* (di cui parlammo in principio di questo numero, e che dimostrammo possibile anche per un atto inesistente giuridicamente, qual'è la convenzione stipulata per altri senza mandato) *coll'atto di conferma*. Relativamente a quest'ultimo la dottrina francese non ammette ormai più dubbio alcuno nel ritenere la massima, che *le obbligazioni non aventi alcuna esistenza giuridica non sono suscettibili di conferma* (2). Nè per discostarsi da questa massima di ragione, consacrata inoltre da così imponenti autorità, ci pare che dia motivo alcuno il nostro diritto positivo; chè anzi alcuni testi del codice italiano ci sembra che manifestamente la suppongano.

Premettiamo una osservazione, che quantunque riguardante veramente il semplice ordine delle disposizioni del codice, crediamo nondimeno che non manchi di qualche efficacia a dimostrare la intenzione del legislatore. Nel codice francese le disposizioni relative alla conferma si trovavano comprese nel capo che trattava *della prova delle obbligazioni*, il cui contenuto poteva quindi essere applicabile per tutte le obbligazioni in genere. Nel codice italiano le disposizioni corrispondenti furono invece trasferite sotto la sezione riguardante *le azioni di nullità o di rescissione;* il che fa già supporre che i soli atti impugnabili col mezzo di queste azioni di nullità o di rescissione, possano essere sanati mediante la conferma. L'articolo 1309 poi nei paragrafi primo e secondo, allorchè determina i requisiti

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Ratification*, § V, n. 3.

(2) V. Solon, *Tr. des null.*, t. II, n. 334, ss.; Duranton, t. XIII, n. 271; Marcadé, art. 1338, § I, t. V, p. 90, 91; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. V, n. 309bis; Zachariæ, t. I, § 339, nª 5; Aubry e Rau, t. IV, § 337, nª 6; Demolombe, t. XXIX, n. 229, ss.; Laurent, t. XVIII, n. 564, ss.

necessari affinchè la conferma abbia effetto, parla di *obbligazioni contro le quali la legge ammette l'azione di nullità*, limitando così ad esse sole l'ammissibilità d'un atto di conferma, ed escludendone quindi implicitamente quelle, che invece d'essere soltanto impugnabili con azione di nullità, siano *assolutamente inesistenti in diritto*. Il medesimo concetto è raffermato inoltre dall'essere negli stessi paragrafi parlato di *vizi da correggersi* nell'atto confermato, e dall'essere soggiunto nel successivo paragrafo terzo, che la conferma produce *la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto;* mentre è manifesto che quanto ad un atto mancante degli elementi essenziali per costituirlo, e perciò da riguardarsi *come non avvenuto*, non possono esservi *vizi da correggere*, ma vi è il nulla, e che non sarebbe concepibile la rinunzia a mezzi ed eccezioni opponibili contro un atto, che non è neppur suscettibile di essere impugnato con azione od eccezione di nullità, poichè non esiste affatto.

Da ultimo, l'articolo 1310, collo stabilire che " non si " possono sanare con verun atto confermativo i vizi d'un " atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità ", viene esso pure a riaffermare la regola generale della inammissibilità della conferma per gli atti inesistenti giuridicamente, giacchè non è, nè può esser altro che un'applicazione di tale regola ciò che ivi è detto degli atti mancanti delle solennità indispensabili affinchè prendano vita in diritto.

Al quale proposito non sarà forse senza qualche importanza il ricordare una osservazione già fatta altra volta; che cioè il legislatore italiano ha esteso a tutti gli atti solenni in genere ciò che l'articolo 1339 del codice francese diceva soltanto per le donazioni; ond'è che la disposizione acquista una concludenza tanto maggiore, per argomentarne l'applicabilità della stessa regola anche pei casi in cui l'inesistenza giuridica dell'atto, anzichè da deficienza di forme estrinseche, dipenda da mancanza di

di requisiti intrinseci. Del resto, mal si comprenderebbe il perchè nell'un caso e non nell'altro dovesse essere esclusa la possibilità della conferma.

La disposizione del successivo articolo 1311, che a primo aspetto potrebbe dar motivo di dubitare della regola sopra cennata, non riesce in fondo che a corroborarla. In quell'articolo si ammette la piena efficacia della conferma espressa o tacita d'una disposizione testamentaria o d'una donazione, nulla per vizi di forma, da parte degli eredi o aventi causa del donante o testatore, dopo la morte di lui. Il che potrebbe sembrare una smentita alla massima che gli atti inesistenti, per mancanza delle solennità a cui la legge li subordini, non siano suscettibili di conferma. Molto si è disputato intorno ai motivi che possano giustificare questa anomalia, per cui la donazione nulla per la forma, mentre non può essere confermata dal donante, possa esserlo invece dagli eredi di lui, i quali pure non fanno che rappresentarne e continuarne giuridicamente la persona. In generale si suol rispondere che la donazione, nulla per la forma, cangia carattere dopo la morte del donante; e d'inesistente che era fino a quel momento, si trasforma d'allora in poi in un atto annullabile. E ciò può ammettersi come spiegazione dell'effetto che opera la disposizione dell'articolo 1311, in confronto di quella dell'articolo 1310. Ma quali sono poi i motivi di questa trasformazione? Perchè mai un atto inesistente durante la vita del donante diviene semplicemente annullabile dopo la morte di lui? Come mai questo fatto può avere l'efficacia di far sorgere dal nulla quella donazione, lasciandola soltanto annullabile, e quindi suscettibile di conferma? È la ricerca della risposta a questa interrogazione, che affatica i commentatori del codice francese, i quali si trovano profondamente divisi di opinioni.

Alcuni, riconoscendo che la donazione nulla per difetto di formalità è da riguardarsi come non avvenuta, osservano tuttavia che " siccome gli eredi del donante sono

“ generalmente più proclivi a criticarne le liberalità che
“ ad eseguirle, se essi le confermano, lo fanno certamente
“ per buone ragioni „ (1). Ciò per altro non spiega come possano confermare un atto inesistente, mentre non lo avrebbe potuto il loro autore.

Altri dicono che il donante, avendo contravvenuto ad una proibizione diretta a lui, col fare la donazione in una forma non permessa, non ha potuto contrarre un'obbligazione neppur semplicemente naturale; gli eredi invece, non essendo in colpa d'aver violata la legge, hanno una obbligazione naturale, la quale può essere oggetto di conferma (2). Ma è questione non lievemente controversa quella stessa dell'essere, o no, suscettibili di conferma le obbligazioni naturali. E in ogni caso, come può ammettersi che da un atto di donazione non avente alcuna esistenza giuridica per l'autore sorga un'obbligazione naturale per gli eredi, ai quali non si trasmettono che quali sono le obbligazioni del defunto, di cui rappresentano e continuano la personalità?

Secondo una terza opinione, il rigore delle forme solenni prescritte per la donazione avrebbe per solo scopo di favorire gli eredi legittimi, e perciò le conseguenze della ommissione di tali forme riguardando esclusivamente l'interesse di questi eredi, doveva lasciarsi ad essi la facoltà di rinunziare agli effetti della nullità (3). Lasciamo da parte l'indagine, di cui non sarebbe qui il luogo, se quello sopra indicato sia veramente l'unico motivo della prescritta solennità della donazione. Ad ogni modo, supposto anche ciò, se per giovare agli eredi legittimi, per rendere più rare le donazioni, si vollero soggette a solennità, in mancanza delle quali non assumono esistenza giuridica, come possono gli eredi o gli aventi causa con-

---

(1) V. Duranton, t. XIII, n. 291.

(2) V. Marcadé, art. 1340, §§ I, II, t. V, p. 98.

(3) V. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. V, n. 363; Laurent, t. XVIII, n. 593.

fermare quelle donazioni, senza contraddire al principio che non sono confermabili gli atti inesistenti? Forsechè, trattandosi del loro interesse, è in loro potere di fare che il nulla si converta in un atto efficace? Infatti lo stesso autore, che propone questa risoluzione, avverte che con essa si può " rendere ragione dell'anomalìa consacrata " dall'articolo 1340 del codice francese, non però togliere " la contraddizione „ e che " gli autori del codice, più " che allo stretto rigore dei principii, s'ispirarono agli " interessi ed ai bisogni della vita reale „.

Un'ultima opinione considera l'inesistenza giuridica della donazione, secondo l'art. 1339 del codice francese, come una specie di penalità inflitta dalla legge al donante e al donatario per l'inosservanza delle forme prescritte; e osserva, che il donante ha il rimedio di poter fare di nuovo la donazione nelle forme legali, ciò che non potrebbero gli eredi di lui; dal che si crederebbe giustificata la facoltà lasciata a loro di confermare la donazione fatta dal loro autore (1). Se non che, a conceder tutto, non vien punto con ciò risolta la difficoltà nascente dall'inesistenza giuridica della donazione. Anche ammesso che tale inesistenza possa considerarsi come una pena inflitta al donante, la morte di lui non può però dar vita legale all'atto di donazione mancante della solennità che gli sarebbe essenziale. E se l'atto è sempre da considerarsi inesistente giuridicamente, come possono gli eredi confermarlo?

La verità è, se non erriamo, che la disposizione dell'art. 1340 del codice francese, riprodotta nel 1311 del codice italiano, ha uno scopo tutto morale, a cui si è sacrificato il rigore dei principii giuridici. Si è voluto lasciar modo agli eredi di soddisfare ad un dovere di coscienza adempiendo una liberalità del loro autore, che sappiano essere stata fatta con piena e libera volontà,

---

(1) V. Demolombe, t. XXIX, n. 744.

comunque senza le forme richieste dalla legge; e a tale scopo si è permesso, con una singolare eccezione, di dare efficacia, mediante la conferma espressa o tacita, ad un atto che secondo le regole di diritto non ne sarebbe suscettibile, perchè inesistente giuridicamente. L'affaticarsi per trovare argomenti che dimostrino non essere che una retta applicazione dei principii, tanto la disposizione che negando al donante di poter confermare la donazione nulla per difetto di forma la viene a riconoscere *inesistente*, quanto l'altra che permette agli eredi di confermare quella donazione, è veramente, per quanto ne pare a noi, cercare l'impossibile.

Ma, comunque sia di ciò, è poi fuori di dubbio che la disposizione dell'articolo 1311 del nostro codice è una eccezione alla regola risultante dall'articolo precedente; che anzi questo carattere di eccezione si rivela sotto un duplice aspetto, in quanto si permette agli eredi ciò che era vietato al loro autore, ed in quanto la proibizione dell'articolo 1310 riguarda in generale *tutti gli atti nulli in modo assoluto per difetto di formalità*, mentre la permissione data agli eredi nell'articolo 1311 riguarda le sole *donazioni e disposizioni testamentarie*; che dunque questa eccezione stessa conferma, per tutti gli altri casi di atti inesistenti per mancanza di forme estrinseche, la regola generale, secondo cui tali atti non sono suscettibili di conferma. Perciò non esitiamo a ritenere le ricordate due disposizioni fra quelle da cui può argomentarsi che la regola predetta sia conforme anche al diritto positivo nostro. In questo senso sonosi infatti manifestate le opinioni degli autori (1). Non possiamo però lasciarne in dimenticanza una contraria, che già menzionammo (2). Il Pescatore, dopo avere ricordata la dottrina, ch'egli chiama volgare,

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, Lib. 3, p. 2ª, n. 158; Borsari, *Comm. del cod. civ.*, art. 1310, vol. III, p. 2ª, § 3267, p. 783; Ricci, *Corso teorico pratico di dir. civ.*, vol. IV, n. 210, vol. VI, n. 352.

(2) V. sopra, n. 97, p. 552.

secondo cui " gli atti nulli di nullità assoluta non possono " convalidarsi con verun atto confermativo „ (all'opposto degli atti semplicemente *annullabili*) " rigetta questo prin-" cipio, e pone in sua vece il seguente: Ogni atto *nullo*, " che non produsse l'effetto che si voleva per ostacolo " della legge, perchè mancava una qualunque delle con-" dizioni di sua essenza naturale o legale, *si può ripetere;* " se questo si fa nelle medesime condizioni di fatto, per " cui risorga il medesimo ostacolo della legge, l'atto si " ripete inutilmente, colpito essendo costantemente dalla " medesima nullità; se, mutate le condizioni e scomparso " il divieto, si ripete l'accordo, ne nascono quegli effetti " anche retroattivi, che sono portati dalla nuova volontà " legalmente manifestata dal libero dispositore delle cose " sue „. E l'autore spiega poi che la *ripetizione dell'atto nullo*, rimosse le cause di nullità, può avvenire tra le stesse persone in due modi diversi; " o coi legali effetti dal " giorno del *nuovo contratto*, se le *parti* non stipularono " effetto retroattivo; o *per modo di conferma*, cioè colla " stipulazione dell'effetto retroattivo „. Indi conchiude: " Ecco il senso e la portata dell'atto confermativo; e " nulla veramente si oppone a siffatta stipulazione, per " la quale il proprietario dispone in sostanza dell'univer-" salità de' suoi diritti passati e futuri (di quelli che ritenne " ed acquistò in addietro, e che acquisterebbe per l'av-" venire) sulla cosa di cui si tratta „ (1).

Che un atto o contratto annullabile, nullo, od anche assolutamente inesistente in diritto, possa essere *fatto di nuovo*, col concorso di tutti i requisiti e delle formalità indispensabili per dargli piena efficacia, e che a questo nuovo contratto le parti possano anche attribuire, pei rapporti tra loro, effetto retroattivo fino al tempo dell'anteriore contratto inefficace, salvi i diritti che nel frattempo fossero stati acquistati da terze persone; non è cosa che

(1) V. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Capo XXXII, p. 230, 231.

possa ammettere dubbio. E se tale, e non altro, fosse — come dice il Pescatore — il senso e la portata dell'atto confermativo, sarebbe pure perfettamente logica la conclusione dedottane da lui, che la conferma fosse ammissibile anche relativamente ad un atto inesistente giuridicamente; poichè nulla vieta per certo, che fatta prima, per es., una donazione per scrittura privata, si faccia poi per atto pubblico, dandole effetto retroattivo alla data della scrittura. Ma il vero è, che il senso e la portata dell'atto confermativo è tutt'altro da quello di un *nuovo contratto con effetto retroattivo;* è invece quello d'una semplice convalidazione dell'atto preesistente, che mercè la conferma si purga dei vizi che ostavano alla sua piena efficacia legale, e produce quindi tutti gli effetti suoi, come se fin dal primo giorno fosse stato perfettamente valido; ed è appunto perciò che si dice *confermarsi,* cioè *rendersi fermo* quell'atto primitivo.

Nè la differenza, tra *l'atto confermativo* e la rinnovazione dell'atto o del contratto con effetti retroattivi, è solamente teorica, pei caratteri da attribuirsi scientificamente all'uno ed all'altro; ma si rivela sotto vari altri aspetti, che hanno speciale importanza nella pratica.

Innanzi tutto, l'atto confermativo è *unilaterale;* vi basta il consenso della parte che fa la conferma, supposto che una sola delle parti avesse il diritto d'impugnare l'atto, che si vuol confermare. All'opposto, per la stipulazione d'un nuovo contratto con effetti retroattivi richiederebbesi sempre il consenso d'ambe le parti, quando anche il contratto anteriore fosse infetto soltanto d'una *nullità relativa.*

Rinnovandosi un contratto inesistente giuridicamente per mancanza delle forme solenni prescritte dalla legge, è indispensabile che nella celebrazione del nuovo atto siano adempite tutte quelle formalità, che nell' atto primitivo sarebbero state necessarie. Altrimenti esso pure rimarrebbe infetto della stessa causa d'inesistenza giuridica. Il codice francese nell'art. 1339, dopo aver dichiarato che

la donazione fra vivi nulla per le forme non poteva essere sanata con verun atto confermativo, soggiungeva che tale donazione “ *doveva necessariamente essere fatta di nuovo* “ *nelle forme legali* „. Il codice nostro nell'articolo 1310 non ha ripetuta la proclamazione di quest'ultima massima, solo perchè ciò sarebbe riuscito superfluo, trattandosi di cosa troppo evidente da per se stessa (1). Se invece un contratto inesistente, per difetto delle forme solenni per esso prescritte, fosse suscettibile di *conferma*, basterebbe che in essa fossero adempite le condizioni stabilite dall'articolo 1309; nè certamente potrebbe pretendersi che l'atto di conferma dovesse essere rivestito di quelle stesse forme solenni, che sarebbero state necessarie per l'atto confermato, mentre che, una volta ritenuta la possibilità della conferma, bisognerebbe anche ammettere che questa potesse aver luogo tanto espressamente che tacitamente, a norma dell'articolo 1309, come lo ammette l'articolo 1311 per la conferma d'una donazione nulla per vizi di forma, che si operi dagli eredi del donante dopo la morte di lui.

Affinchè gli effetti d'un nuovo contratto retroagissero fino al tempo del contratto nullo, a cui il nuovo si sostituisse, sarebbe necessario — come lo stesso autore sopra citato riconosceva — una speciale ed espressa stipulazione di tale retroattività di effetti.

All'opposto la retroattività è necessariamente insita nella natura stessa della conferma veramente tale; giacchè l'effetto di essa deve consistere nel privare colui che opera la conferma, del diritto d'invocare i mezzi ch'egli avrebbe potuto opporre contro l'obbligazione precedentemente contratta, e nel rendere questa obbligazione così irrepugnabile come se fin dall'origine non fosse stata infetta di vizio alcuno.

Dopo ciò non pare sostenibile che lo stipulare un nuovo

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 559, 560.

contratto, facendone convenzionalmente retroagire gli effetti alla data d'un contratto anteriore, a cui quello si sostituisca, sia lo stesso come confermare il contratto preesistente. Supposto pure che questo fosse soltanto impugnabile con azione di nullità, per esempio per vizi di consenso, o d'incapacità civile d'uno dei contraenti, sicchè per disposizione espressa dell'articolo 1309 potrebbe farsi luogo a confermare; se tuttavia le parti preferissero invece di stipulare una nuova convenzione con effetti retroattivi, è certo ch'esse compirebbero con ciò un'operazione sostanzialmente differente. Fra l'altro, nella ipotesi che si trattasse d'uno di quegli atti o contratti, che a norma dell'art. 1314 del codice civile debbono farsi per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità, sarebbe indispensabile osservare questa forma anche nella nuova convenzione, mentre ciò non sarebbe necessario se si facesse una semplice conferma; la quale potrebbe anche avvenire per volontà tacita, e per opera della sola parte il cui consenso nel precedente contratto fosse stato imperfetto per vizio di consenso o per incapacità civile. Qualora poi il contratto anteriore fosse assolutamente inesistente in diritto, nulla potrebbe scorgersi d'illecito e d'inefficace nell'accordo della volontà delle parti di formare un nuovo contratto adempiendo tutti i requisiti e le forme prescritte dalla legge, sia pure che pattuissero di dare nei rapporti loro a questa nuova convenzione effetti retroattivi. Ma, all'opposto, se nello stesso caso d'inesistenza giuridica del contratto si pretendesse di operarne una vera e propria conferma; la volontà delle parti, le quali verrebbero così a ritenere come efficace fin dalla sua origine il contratto confermato, si troverebbe in diretta opposizione colla legge, in onta alla quale esse si arrogherebbero di attribuire valor legale ad una convenzione, che non poteva averne alcuno, o per mancanza di requisiti intrinseci dalla legge ritenuti indispensabili per dare all'atto una esistenza giuridica, o per difetto di forme

estrinseche dalla legge prescritte ad essenza dell'atto medesimo.

La massima ricordata in principio di questo numero, che gli atti inesistenti giuridicamente non sono suscettibili di conferma, ci sembra dunque pienamente accertata anche contro le obbiezioni autorevoli che le furono fatte.

105. Enunciammo già un'altra massima professata dagli autori relativamente alla inesistenza giuridica degli atti, che cioè questa *non possa essere coperta mai mediante la prescrizione* (1).

È da avvertirsi per altro che ciò vien detto ponendo a confronto i casi d'inesistenza giuridica, con quelli in cui la legge apre contro certi atti un'azione di nullità o di rescissione; e s'intende di escludere che ai primi sia applicabile la speciale prescrizione stabilita pei secondi dall'articolo 1304 del codice francese, a cui corrisponde il 1300 del codice italiano. Se tutto dovesse restringersi a ciò, non potrebbe infatti esservi dubbio alcuno. Adottando il modo nel quale i giureconsulti francesi considerano e qualificano quella breve prescrizione, non vi sarebbe anzi da aggiungere nulla a quelle ragioni colle quali dimostrammo nel numero precedente che gli atti inesistenti giuridicamente non sono suscettibili di conferma; giacchè quegli autori riguardano appunto la prescrizione decennale, stabilita dall'art. 1304 del codice francese, come una *conferma tacita della convenzione annullabile o rescindibile* (2). “ Se-“ condo il testo dell'art. 1304 — diceva il Laurent — la “ prescrizione di dieci anni, che la legge stabilisce per “ l'azione di nullità, non si applica che alle *convenzioni;* “ essa è dunque intentata dall'una delle parti contraenti “ contro l'altra. Colui che contratta deve sapere se la con-“ venzione da lui consentita è valida, o nulla; ciò è evi-

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 529, 530.
(2) V. Demolombe, t. XXIX, n. 50, 11; Laurent, t. XIX, n. 1.

" dente per le cause di nullità previste dalla legge: l'inca-
" pacità, i vizi del consenso. D'altra parte, il lasso di
" alcuni anni può bastargli per giudicare della utilità del
" contratto. Egli sa dunque di potere agire in nullità, e sa
" se vi ha interesse o no. S'egli sta in silenzio per dieci
" anni, è da ritenersi che approvi il contratto, e rinunzi
" al diritto che aveva di domandarne l'annullamento. Sono
" questi gli estremi d'una *conferma tacita*.

" Il testo stesso dell'articolo 1304 viene in appoggio di
" questa interpretazione. Perchè il termine di dieci anni
" non corre che dal giorno in cui è cessata la violenza, in
" cui fu scoperto l'errore o il dolo, in cui l'incapace è di-
" venuto capace? Perchè non si può supporre che chi ha
" consentito per violenza confermi il contratto e ne cor-
" regga il vizio finchè questo duri; perchè è inconcepibile
" la conferma finchè l'errore o il dolo non sono scoperti;
" perchè un incapace non può confermare, non potendo
" rinunciare. Tutte queste disposizioni implicano dunque
" che *la prescrizione di dieci anni è una conferma tacita.*
" Questo principio è fondamentale; tutte le regole dell'ar-
" ticolo 1304 non ne sono che derivazioni ".

Veramente in questa argomentazione ci sembrano non perfettamente esatte le premesse, e troppo affrettata la conclusione. Può ammettersi che tra le considerazioni, dalle quali fu indotto il legislatore a stabilire per le azioni di nullità o di rescissione una prescrizione più breve dell'ordinaria, siavi stata anche la presunzione che ommettendo per un decennio di esercitare l'azione di nullità o di rescissione, il contraente abbia dimostrato l'animo di tenere per valida la convenzione e rinunciare ad impugnarla. Ma non per ciò può dirsi che quello esclusivamente sia stato il motivo della disposizione; e tanto meno poi si può conchiuderne addirittura che la prescrizione decennale stabilita nel detto articolo *non sia altro che una conferma tacita*. E che tale deduzione sia eccessiva, lo riconoscono implicitamente gli stessi autori sopra citati, i quali sono costretti

ad ammettere che se l'art. 1304 non è applicabile ad altre convenzioni fuori di quelle suscettibili di conferma, non si verifica però reciprocamente che tutte le convenzioni suscettibili di conferma siano parimente soggette alla detta prescrizione; e che non tutti i requisiti della conferma debbono concorrere per la prescrizione; e specialmente non è necessaria la condizione della *conoscenza del vizio* che rende annullabile l'obbligazione (1). Che sia eccessiva quella deduzione, lo dimostra eziandio quest'altro riflesso, che appoggiandosi alla sola idea d'una tacita conferma dell'atto annullabile, non si riuscirebbe a spiegare il perchè si fosse ritenuta dimostrata la volontà di operare quella conferma pel decorso d'un più breve tempo, senza che fosse esercitata l'azione di nullità, anzichè attenersi alla prescrizione ordinaria. Quanto poi all'argomento dedotto dall'essere comuni alla prescrizione delle azioni di nullità, ed alla conferma, le regole relative al tempo da cui quella decorre, e in cui questa può aver luogo; esso è manifestamente fallace. Se la prescrizione non corre fuorchè dal momento in cui cessa la violenza, si scopre l'errore o il dolo, od il contraente acquista la capacità, ciò non è pel motivo che solo cominciando da quel tempo divenga possibile la conferma; ma perchè fino a quando dura la violenza, l'errore, l'ignoranza del dolo dell'altro contraente, la incapacità, è impossibile alla parte l'esercitare l'azione per l'annullamento del contratto, nè una prescrizione può mai correre contro chi non può agire. Le stesse cause, per diversi motivi, impediscono tanto la conferma quanto il corso della prescrizione; ma ciò non autorizza a conchiuderne che prescrizione e conferma s'identifichino.

La breve prescrizione delle azioni di nullità o di rescissione non è già una conferma tacita del contratto annullabile o rescindibile, ma è puramente e semplicemente l'effetto di una disposizione di legge, dettata — come doveva

(1) V. Demolombe, t. XXIX, n. 51; Laurent, t. XIX, n. 2.

essere — da motivi d'interesse generale, ai quali associavasi pure la considerazione, che senza attendere il compimento della prescrizione ordinaria, decorso un certo numero d'anni, ed il contratto annullabile o rescindibile non essendo in quel frattempo impugnato, si poteva presumere nell'interessato la intenzione di convalidarlo.

Tali infatti furono le ragioni addotte dal ministro Pisanelli e dalla Commissione del Senato per giustificare l'innovazione, che proponevasi pel codice italiano, di limitare la durata della prescrizione di cui si tratta, riducendola da dieci anni a cinque.

" Circa le azioni di nullità e di rescissione — diceva il " Ministro — il progetto contiene un cambiamento sul " termine assegnato per proporle in giudizio. Questo ter- " mine è di dieci anni secondo i vigenti codici; nel progetto " fu ridotto a cinque anni.

" Tenuto conto della maggiore facilità delle comunica- " zioni, e del movimento fattosi più rapido nelle trasmis- " sioni dei diritti, parve soverchio il termine di dieci anni " per mantenere in vita un diritto di risoluzione, che " sempre trae seco degl'inconvenienti. Nè deve prendersi a " norma il termine stabilito per la prescrizione acquisitiva, " poichè in questa il titolo che le serve di base parte *a non* " *domino*, ed è straniero a chi propone la rivendicazione; " trattandosi invece di un contratto annullabile o rescin- " dibile, l'attore viene ad impugnare un fatto suo proprio.

" Parve quindi sufficiente un quinquennio dal giorno in " cui è cessata la violenza, scoperto il dolo, entrata la " maggiore età, tolta la interdizione o l'inabilitazione. " *Resta così meglio garantita la stabilità dei contratti e l'in-* " *teresse legittimo del commercio, il quale non permette che* " *la proprietà e gli altri diritti sulle cose rimangano per* " *lungo tempo incerti* ". Le stesse idee furono riepilogate nella relazione della Commissione Senatoria (1). Non vi è

(1) V. *Relazione Ministeriale sul Lib. 3°*, p. 44; *Relazione della Comm. del Sen. sul Lib. 3°*, p. 29.

bisogno di aggiungere altro. In questa esposizione di motivi non si trova neppure un lontano accenno a far dipendere la breve prescrizione delle azioni di nullità da una *presunta conferma* per parte dell'interessato; invece vi si dimostrano le ragioni d'interesse generale, che persuasero non solo ad ammettere per quelle azioni una prescrizione più breve dell'ordinaria, ma ad accorciare ancora quella ch'era stabilita dai codici anteriori. Fu *per guarentire la stabilità dei contratti e l'interesse del commercio*, che ciò si ritenne opportuno; e a fronte di questi alti fini si ritenne poi sufficiente, avuto riguardo alle condizioni odierne, il lasciare al contraente, a cui competa l'azione di nullità o di rescissione, un tempo utile di cinque anni per esercitarla.

Crediamo pertanto che presso noi, a giustificazione della massima, che la breve prescrizione predetta non sia applicabile agli atti o contratti giuridicamente inesistenti, non potrebbe più pensarsi ad allegare quella identificazione tra la conferma tacita e la prescrizione stessa, che ci parve non abbastanza fondata neppure nel diritto francese; quantunque guardando la cosa dal solo lato dell'effetto, sia pur vero che col lasciar trascorrere i cinque anni senza agire, la parte interessata viene indirettamente a convalidare, in forza della prescrizione stabilita dalla legge, quel contratto che sarebbe stato in sua facoltà di far annullare o rescindere.

Se non che, indipendentemente dai motivi addotti dagli autori francesi, altri non ne mancano per dimostrare con tutta l'evidenza che la breve prescrizione, stabilita dall'articolo 1300 per le azioni di nullità e di rescissione, non può essere applicabile per gli atti inesistenti giuridicamente. I termini stessi, in cui quest'articolo è concepito, resistono a tale estensione; essendo manifesto che non è contro atti da riguardarsi come non avvenuti, che possano essere esercitate e siano concedute dalla legge *azioni di nullità*. Dato che un'azione possa essere intentata in giudizio contro atti inesistenti giuridicamente, essa non avrà mai per og-

getto l'*annullamento* di quegli atti — il che supporrebbe che esistessero e si volesse distruggerli, che producessero effetti legali, e si volesse farli cessare — ma avrà per oggetto la semplice dichiarazione che quegli atti non hanno mai avuto vita legale e non hanno quindi potuto produrre mai effetto alcuno. Nè d'altra parte si può dimenticare che questa breve prescrizione costituisce una eccezione alle regole comuni, nè una eccezione può estendersi oltre i casi pei quali è espressamente stabilita. Oltre a ciò le ragioni, che indussero il legislatore ad abbreviare la prescrizione estintiva delle azioni di nullità, non sussistono rispetto agli atti che non abbiano alcuna esistenza giuridica; anzi risultano evidenti le ragioni contrarie. Il legislatore stimò necessario, per la sicurezza dei rapporti contrattuali, e per l'interesse del commercio, di non lasciare troppo lungamente esposte ad attacchi per annullamento le convenzioni; delle quali il contraente a cui spetta azione per impugnarle, deve ben conoscere gli estremi, nè quindi abbisogna di moltissimo tempo per apprezzare se gli convenga di usare di tale sua facoltà. Ma se un contratto apparente manca degli elementi essenziali per la sua formazione, ed è perciò da riguardarsi *come non avvenuto*, dove sono i *rapporti contrattuali* che possa esservi interesse di rendere stabili? O come gioverà al commercio l'impedire che possano esercitarsi al di là di un breve termine le azioni per avventura esperibili onde far riconoscere e dichiarare la inesistenza giuridica di tali contratti apparenti? E non è piuttosto ragionevole il non porre limitazioni speciali, e lasciare estendersi a tutto il tempo possibile l'esercibilità di simili azioni, ogni volta che venga a verificarsene un interesse legittimo, e possano secondo i principii comuni di diritto essere sperimentate in giudizio?

Così non è a dubitarsi di ritenere inapplicabile agli atti inesistenti giuridicamente la disposizione dell'art. 1300 del codice civile. Vi è però un'altra questione da risolvere. È da reputarsi parimente inapplicabile, relativamente a quegli

atti, la prescrizione ordinaria di trent'anni? La disposizione dell'art. 2135 è espressa nella forma più generale ed assoluta che sia possibile: " *Tutte le azioni*, tanto reali " quanto personali, *si prescrivono col decorso di trent'anni* ".

Ritenuto pertanto che non sia da escludersi la possibilità di esercitare legittimamente un'azione, anche per far riconoscere e dichiarare coll'autorità della cosa giudicata l'inesistenza giuridica di un atto — e questo sembrò a noi dimostrato (1) — non apparirebbe come una tale azione potesse poi sfuggire a quella prescrizione estintiva, colla quale si volle porre un limite all'esercibilità di qualsiasi azione giudiziale, senza eccezioni. Nondimeno la massima insegnata dalla dottrina viene formulata in termini assoluti: " L'inesistenza di un atto — si dice — *non può essere* " *coperta mediante la prescrizione* ". Quello degli autori moderni, che più ampiamente si è occupato di questo argomento, si era da prima pronunciato anch'esso in senso conforme all'idea che alla inesistenza giuridica di un atto, sotto qualunque forma venisse proposta in giudizio, non fosse mai opponibile *nessuna prescrizione*. Parlando della possibilità che la dichiarazione di tale inesistenza giuridica si faccia oggetto anche di un'azione proponibile in giudizio, e dopo aver notato che ad ogni modo con simile azione non si domanderebbe l'*annullamento* della convenzione, ma solo che si pronunciasse *non esservi mai stata convenzione*, questo autore osservava esservi tra le due domande una differenza essenziale; inquantochè per la prima — di annullamento — sarebbe indispensabile aver promossa l'azione entro i dieci anni " mentre — soggiungeva " se non vi è contratto, il preteso debitore *potrà sempre* " *domandare, così per via di azione, come di eccezione, che il* " *giudice lo liberi dall'apparente vincolo d'una obbligazione* " *che non esiste* " (2).

Più tardi però lo stesso autore manifestò più ampia-

(1) V. sopra, n. 102, p. 670.
(2) V. Laurent, t. XV, n. 465, p. 536.

mente le sue idee a questo proposito; quantunque noi non abbiamo saputo trovarvi quella chiarezza e risolutezza che sovra tale punto di non lieve importanza sarebbero state desiderabili. Egli disse: " L'*azione*, colla quale il debitore " conchiude per la dichiarazione d'inesistenza dell'obbli- " gazione, non essendo un'azione di nullità, il testo del- " l'articolo 1304 non è applicabile; conseguentemente si " rientra nella regola generale dell'art. 2262; *il debitore* " *ha trent'anni per agire, se pure ha interesse ad agire.* Tale " sarebbe il caso ch'egli avesse eseguita l'obbligazione; " avrebbe allora l'azione in ripetizione, soggetta alla pre- " scrizione trentennaria. *Se non ha eseguito, non ha alcun* " *interesse ad agire;* può aspettare che il creditore agisca " contro di lui; e in qualunque tempo gli si chieda l'adem- " pimento dell'obbligazione, potrà sempre rispondere " ch'egli non è debitore, perchè non vi è debito " (1).

Alcune delle proposizioni comprese in questo brano sono incontestabili; e già ne abbiamo accennate le ragioni. È certo che all'azione, colla quale il debitore conchiuda per la dichiarazione d'inesistenza dell'apparente obbligazione sua, non può essere applicabile la speciale prescrizione stabilita nell'art. 1304 del codice francese, e nel 1300 del codice nostro; come abbiamo dimostrato in principio di questo numero stesso. È certo che fino a quando il debitore non eserciti alcuna azione, ma attenda che l'apparente creditore agisca contro di lui, per opporgli allora l'inesistenza giuridica dell'obbligazione, che si pretenderebbe stare a suo carico, non può temere che gli si obbietti mai la prescrizione; perchè in tal caso egli non farà che difendersi con una *eccezione*, la quale di natura sua è da riguardarsi come *perpetua*, nel senso che deve necessariamente durare fino a che duri l'azione a cui venga contrapposta, non essendovi interesse nè possibilità di proporre una eccezione, finchè non venga intentata dalla parte avversaria l'azione

(1) V. Laurent, t. XIX, n. 7, p. 13.

corrispondente. È certo, in fine, che se chi apparisca tenuto di una obbligazione, la quale in realtà non esista giuridicamente, abbia per errore eseguita quell'obbligazione, potrà bensì ripetere come indebito ciò che abbia pagato, ma la relativa azione rimarrà soggetta alla prescrizione ordinaria di trent'anni (1). Ciò però non riguarda veramente la questione attuale, perchè la prescrizione in questo caso non sarebbe per la estinzione dell'azione diretta a far dichiarare inesistente l'obbligazione eseguita, ma di quella diretta ad ottenere la restituzione di ciò che fu dato per tale esecuzione; nell'esercizio della quale azione l'inesistenza dell'obbligazione eseguita sarebbe allegata soltanto per dimostrare che il pagamento fu indebito.

La questione vera, di cui ora si tratta, è se proponendosi un'azione all'unico oggetto di far dichiarare inesistente in diritto una obbligazione apparentemente assunta, possa all'attore essere opposta la prescrizione trentennaria. A ciò il Laurent rispondeva che *se l'apparente debitore non ha eseguita l'obbligazione, non ha alcun interesse ad agire, e può aspettare che il creditore agisca contro di lui*, per difendersi allora coll'opporre l'inesistenza dell'obbligazione; il che gli sarà lecito in qualunque tempo. Tale osservazione non concorderebbe per altro con ciò che lo stesso autore aveva ritenuto prima; cioè potersi sempre da un preteso debitore domandare, *tanto in via di azione, che di eccezione*, d'essere dichiarato libero da un'apparente obbligazione, la quale veramente non abbia esistenza giuridica. E invero — come dimostrammo altra volta — non ostante che codesta apparente obbligazione non sia stata in verun modo, nè in tutto, nè in parte eseguita, si può pur avere un legittimo interesse a farne riconoscere e dichiarare in giudizio la inesistenza, al fine di non rimanere esposto alle molestie che da quella parvenza di vincolo obbligatorio potrebbero derivare. Osservammo inoltre potersi verificare casi di

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 533, 534.

assoluta necessità di promuovere un'azione giudiziale per liberarsi da un apparente vincolo di obbligazione, come quando una delle parti al momento del contratto siasi trovata in uno stato d'incapacità naturale a consentire. Colui, per esempio, al quale si fosse fatto prestare il consenso ad un contratto mentre si trovava in un accesso di delirio, o in uno stato di completa ebbrezza, certamente non avrebbe assunto alcun vincolo effettivo di obbligazione, nè gli occorrerebbe di *agire in nullità* d'un contratto, che sarebbe per se stesso assolutamente inesistente in diritto (1). Certo è pure ch'egli potrebbe — come dice il Laurent — non promuovere alcuna azione giudiziale, ed attendere passivamente che agisse contro di lui l'apparente creditore; il che avvenendo in qualunque tempo, potrebbe il preteso debitore difendersi sempre efficacemente coll'eccepire che non vi fu contratto, perchè mancò da parte sua il consenso. È altrettanto certo però che questo caso non è come altri, in cui la inesistenza giuridica del contratto può apparire dall'atto stesso che lo constata; mentre qui è indispensabile, nel disaccordo delle parti, un giudicato che accerti lo stato di mente non sana, in cui siasi trovato uno dei contraenti al momento di prestare il consenso, e dichiari quindi la mancanza del consenso medesimo, e l'inesistenza del contratto; e per potersi accertare e dichiarare ciò, è indispensabile che preceda una istruttoria ed una serie di prove di non sempre facile apprezzamento. Ed è poi non meno evidente che l'apparente debitore può avere un interesse legittimo a non rimanersi passivo aspettando l'azione dell'altro contraente, ma a prevenirla, provocando la dichiarazione della inesistenza del contratto, e della propria libertà da ogni vincolo obbligatorio; sia per non stare a lungo sotto l'incubo di possibili molestie dell'altra parte, sia per approfittare dei mezzi di prova che nel corso del tempo potrebbero venirgli a mancare. Or quest'azione,

(1) V. sopra, n. 101, p. 628.

avente per oggetto unicamente di far riconoscere e dichiarare in giudizio la inesisienza giuridica del contratto, potrà dall'apparente debitore essere esercitata *in qualunque tempo?* O se tardasse a promuoverla più del tempo stabilito per la prescrizione ordinaria, potrebbe questa venirgli opposta? Per parte nostra non esiteremmo ad adottare quest'ultima risoluzione. Quale potrebb'essere il fondamento d'una opinione opposta? Null'altro, probabilmente, che la massima del *non potersi coprire per prescrizione l'inesistenza giuridica di un atto*. E la massima è giusta, nel senso che qualunque decorso di tempo non potrebbe mai bastare — com'è evidente — ad infondere vita legale in un atto che ne mancasse inizialmente per difetto di qualcuno degli elementi giuridici indispensabili per la sua formazione. Ma qui non si tratta di ciò; non si pretende che trascorso il tempo della prescrizione trentennale l'atto inesistente giuridicamente debba considerarsi come avente efficacia legale. Solo si domanda se trascorso quel termine possa ancora l'apparente debitore rendersi attore in giudizio provocando una dichiarazione d'inesistenza giuridica dell'atto; e il rispondere negativamente non porta seco la conseguenza che l'atto inesistente acquisti valore legale, come non priva il debitore di potersi difendere, colla eccezione d'inesistenza dell'atto, da ogni azione, che potesse in qualunque tempo venire intentata contro di lui per costringerlo ad eseguire l'obbligazione. Delle due cose l'una: o col decorso del trentennio sarà estinta anche l'azione dell'altra parte contro l'apparente debitore per richiedergli l'adempimento dell'obbligazione, e questo debitore non avrà più alcun interesse legittimo a farsi dichiarar libero, fino dal principio, da quell'obbligazione; o l'azione dell'apparente creditore non sarà estinta, per essersi verificate cause per le quali il corso della prescrizione sia rimasto sospeso o interrotto, e il debitore conserverà sempre nella *eccezione*, che potrà opporre in qualunque tempo, della inesistenza dell'atto, il mezzo di sottrarsi all'indebita esecuzione di esso. Ma l'am-

mettere ch'egli potesse, anche dopo il compimento della prescrizione trentennaria, e in qualunque tempo, provocare con un'azione propria la dichiarazione d'inesistenza dell'atto, sarebbe contrario al testo dell'art. 2135, che dichiara estinte col decorso di trent'anni *tutte le azioni;* e sarebbe contrario non meno allo spirito della legge stessa, la quale volle assicurare la tranquillità dei singoli cittadini e delle famiglie coll'impedire l'esercizio di azioni trascurate per così lungo tempo da coloro a cui potevano competere.

106. Ritorniamo ora a ciò che riguarda particolarmente le semplici nullità degli atti. Se ne fanno nella dottrina parecchie distinzioni; tra cui la prima riguarda l'essere una nullità *testuale*, o *virtuale*.

È principio fondamentale, ammesso senza contraddizioni, che le nullità non possano essere stabilite fuorchè dalla legge, nè i giudici abbiano facoltà mai di pronunciarle di autorità propria, ma solo debbano applicare quelle che il legislatore abbia volute per la sanzione delle proprie disposizioni. È questo un principio che il legislatore stesso ha espressamente proclamato relativamente agli atti di procedura (art. 56 cod. proc. civ.), e del quale non si può dubitare che debba parimente estendersi agli altri atti non concernenti il diritto civile pratico; sebbene nel codice civile non si trovi una dichiarazione esplicita simile a quella sopra ricordata del codice di procedura civile. La nullità degli atti è infatti un mezzo di sanzione, e la più grave, delle disposizioni di legge che li regolano. Ora, è al legislatore solo che spetta di stabilire quale sia la sanzione che esso voglia dare alle singole disposizioni sue, secondo la maggiore o minore importanza di ciascuna. D'altra parte, indipendentemente dalla nullità degli atti fatti in contravvenzione alle leggi, vi sono altri mezzi speciali di sanzione, che possono essere adottati per guarentirne l'osservanza, e indipendentemente anche dalla determinazione d'alcuno di tali mezzi speciali, non ne mancano altri che son comuni

a tutte le leggi, e che bastano per assicurarne l'adempimento. Al mezzo estremo della nullità degli atti, che può produrre danni talvolta maggiori di quelli che siano per derivare dalla stessa contravvenzione a certe disposizioni della legge, non è da ricorrere se non quando il legislatore medesimo abbia manifestata la propria volontà in proposito (1).

Questa manifestazione di volontà può però avvenire tanto in modo espresso che tacito; nè nell'uno deve avere minor valore che nell'altro, posto che la intenzione del legislatore sia chiaramente dimostrata. Nell'articolo 56 del codice di procedura civile, che abbiamo sopra citato, è reso appunto omaggio a questo principio, collo stabilire, per gli atti di procedura, che sebbene di regola non sia da pronunciarsene la nullità, *se questa non sia dichiarata dalla legge* " possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino " degli elementi che ne costituiscono l'essenza „ perchè in tale ipotesi è da ritenersi implicita la volontà del legislatore di comminare la nullità dell'atto, sebbene non ne sia stata fatta menzione espressa. Le quali parole " mancanza " di elementi costituenti l'essenza d'un atto di procedura „ debbono intendersi, a nostro avviso, non già nel senso di mancanza d'un elemento senza cui l'atto non possa avere vita legale — perchè allora non sarebbe veramente il caso di *potersi annullare l'atto*, come dice il testo, ma *si dovrebbe assolutamente riguardarlo come non avvenuto* — bensì nel senso che si trovi inadempito nell'atto qualche precetto di legge la cui osservanza sia *essenziale*, cioè indispensabile per la completa effettuazione degli scopi che il legislatore si è proposto col regolare in quella determinata maniera l'atto medesimo.

Dalla massima, che sebbene ogni nullità debba essere stabilita dalla legge, non è però necessario che lo sia in modo espresso, deriva la distinzione sopra enunciata delle

---

(1) V. sopra, n. 95, p. 516, ss.

nullità in *testuali* e *virtuali*; chiamandosi col primo nome quelle che il legislatore ha espressamente dichiarate, sia poi col pronunciare la parola propria di *nullità*, sia con espressione equivalente; col secondo quelle che debbono ritenersi tacitamente volute dal legislatore stesso, ciò risultando dai motivi della disposizione, coi quali non sia conciliabile il mantenere valido l'atto in cui siasi ad essa contravvenuto.

È stata notata, tra le due specie di nullità di cui parliamo, questa differenza, che " quando il giudice è investito d'una " domanda di nullità fondata sul testo medesimo della " legge, la sola questione ch'egli abbia ad esaminare è " quella di sapere se il precetto, il cui adempimento è ri- " chiesto a pena di nullità, sia stato violato o no; mentre " se vien proposta una nullità virtuale, deve non solo esa- " minare in fatto se sia stata commessa, o no, violazione di " un precetto legale, ma deve ancora apprezzare, in diritto, " se questa violazione sia di tale natura da dover produrre " la nullità dell'atto " (1). Nè vi è obbiezione da fare. Evidentemente, qualora la nullità proposta sia *testuale*, non può esservi *indagine di diritto* che spetti al giudice, nè apprezzamento ch'egli debba fare intorno alle conseguenze della violazione del precetto di legge; l'unico punto da risolversi è *di fatto*, se siasi, o no, verificata codesta violazione; e qualora dalle prove somministrate in giudizio risulti l'affermativa, l'autorità giudicante non può dispensarsi dall'applicare la legge, la quale ha risolta da sè la questione di diritto, pronunciando che dalla trasgressione del precetto o della proibizione sua debba derivare la nullità dell'atto. Qualora invece si tratti di nullità *virtuale*, l'ufficio del giudice porta la necessità di due distinte indagini; l'una *di fatto*, consistente nell'accertare se la disposizione della legge sia stata trasgredita; l'altra *di diritto*, consistente nell'esaminare se, giusta lo spirito della legge

(1) V. Zachariæ, § 37.

medesima, la violazione che ne sia stata commessa debba avere per conseguenza la nullità dell'atto in cui vi si contravvenne. Per altro non sarebbe da dedursene che il pronunciato de' giudici del merito non fosse mai sindacabile allorchè riguardasse una nullità testuale, ed al contrario fosse sempre soggetto a censura in cassazione quando concernesse una nullità virtuale. L'essere, o no, censurabile la sentenza dipende dall'essere di diritto, o di fatto, il punto su cui essa abbia pronunciato, ed in cui venga impugnata. E se mai si verificasse che, ritenuta in fatto la violazione d'un precetto, per cui la legge avesse comminata testualmente la nullità, il giudice avesse pronunciata in diritto la validità dell'atto, non vi è dubbio che la sentenza dovrebbe essere cassata; come è incontestabile che il ricorso dovrebbe essere respinto qualora, disputandosi d'una nullità virtuale, la sentenza avesse esclusa in fatto la violazione di legge dedotta dalla parte, la quale sovra tal punto avesse voluto impugnare la decisione.

L'autore sopra citato definiva le nullità virtuali, dicendole " quelle che risultano dalla violazione d'un precetto, " la cui osservanza era richiesta indispensabilmente, sia " come conseguenza dei principii generali di diritto, sia " come mezzo per conseguire uno scopo speciale avuto in " vista dal legislatore ".

Parve questa ad altri una formola inefficace a dar norma per la risoluzione delle difficoltà gravissime, che spesso si incontrano in questa materia.

" Rispondere — disse egli — come fa uno dei migliori " nostri autori, che il giudice debba pronunciare la nullità " quando essa sia una conseguenza dei principii generali " di diritto, è dire nulla. Che cosa sono questi principii " generali di diritto invocati dal Zachariae? Egli non lo dice. " Confessiamolo; vi è una lacuna nel codice civile; sarebbe " spettato al legislatore l'esaminare in ciascun caso se la " inosservanza della legge dovesse o non dovesse produrre " la nullità. Gli autori del codice non lo hanno fatto. Ne

" risulta che il giudice sia costretto supplire a quanto in-
" combeva al legislatore, determinando ciò che questi
" avrebbe deciso, se avesse prevista la difficoltà. Realmente
" egli non applica in tal modo ciò che il legislatore *ha*
" *voluto*, ma ciò che *avrebbe voluto*. Non fa con ciò l'ufficio
" di legislatore? Il giudice esce così dalla propria sfera,
" perchè vi è forzato. A meno di voler lasciare le leggi
" senza sanzione, egli deve spesso pronunciare la nullità;
" è il solo mezzo di riparare alla dimenticanza od alla ne-
" gligenza del legislatore. La difficoltà è grande: si tratta
" in certo modo d'indovinare ciò che il legislatore ha vo-
" luto. Bisogna cercare la soluzione nella natura delle varie
" leggi. Ciò è logico; è in ragione della importanza d'una
" disposizione legislativa, ch'essa deve avere per sanzione
" la nullità. Ora, vi son leggi che pel loro oggetto hanno
" tale importanza da non potersi permettere ch'esse siano
" impunemente violate; si può dire che la nullità è scritta
" in queste leggi, senza che il legislatore abbia bisogno di
" esprimerla. Altre ve ne sono, che hanno minore impor-
" tanza, e possono restare senza sanzione; non ne risulterà
" un male notevole; tra due mali il giudice sceglierà il
" minore. Tale è il principio „ (1).

Se alla dottrina criticata potevasi rimproverare, che volendo stabilire limiti alla facoltà dei giudici nel pronunciare nullità virtuali adottasse forse qualche criterio troppo generico e vago, quella che il censore vi sostituì ci sembra anche più difettosa; inquantochè in materia di tanta importanza abbandona tutto al più sconfinato arbitrio del giudice. Secondo quest'ultima teoria, l'avere il legislatore ommesso in molti casi di dichiarare se la violazione dei precetti suoi importi, o no, la nullità degli atti ad essi contrari, trasfonde nel giudice l'esercizio delle attribuzioni che sarebbero spettate al legislatore stesso, conferendogli l'ufficio di esaminare l'importanza delle disposizioni violate, ed

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 45.

apprezzare il danno derivabile dall'inosservanza loro, paragonandolo a quello dell'annullamento degli atti contenenti tali violazioni, e secondochè l'uno o l'altro gli sembri più rilevante, secondochè reputi necessaria o no per una data disposizione di legge la sanzione della nullità degli atti che vi contravvengono, decidere se questi atti debbono essere distrutti o mantenuti. Si comprende che con tali idee l'autore abbia potuto dire che il giudice *uscirà dalla sfera delle sue attribuzioni* normali, e *farà l'ufficio di legislatore*. Ma reputiamo quelle idee eccessive, ed infondata l'asserzione che a tali esagerazioni costringa *la dimenticanza o la negligenza del legislatore, che non ha esaminato in ciascun caso se l'inosservanza della legge dovesse o non dovesse produrre la nullità*. Questo non è — come più volte osservammo — la sola sanzione possibile delle leggi; anzi non vi è disposizione legislativa che ne manchi completamente, quand'anche nessuna sanzione speciale le sia stata aggiunta. Quella di nullità degli atti è la più grave sanzione delle disposizioni di legge in essi violate; e come insegnava lo stesso Laurent " *la nullità è un mezzo estremo, a cui il legislatore non ricorre* " *che in caso di necessità*, ed egli solo ha il diritto di pro- " nunciarla „ (1). E dopo ciò potremo dire che spetti al giudice di stabilire se siavi o no tale necessità, di attuare questo mezzo estremo?

Il legislatore però, che ha comminata la nullità per alcuni casi speciali, non l'ha nè pronunciata, nè esclusa per molti altri! Ebbene; qual è la conseguenza più naturale da doversene dedurre? Che pei casi in cui non la pronunciata, mentre per molti altri l'ha espressa, abbia ritenuta non necessaria una tale estrema sanzione delle proprie disposizioni. E questa è infatti che devesi osservare come regola. Certo, non è da escludersi che la volontà del legislatore, di sanzionare i precetti o le proibizioni sue colla nullità degli atti che vi contravvengono, possa risultare dallo spirito delle

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 41, 43.

disposizioni medesime, in mancanza di una dichiarazione espressa. Ciò è conforme alla regola generale d'interpretazione, secondo cui l'applicazione delle leggi deve farsi nel senso che risulti non solo dalle parole, ma dalla intenzione del legislatore (art. 3 delle disposizioni premesse al cod. civ. it.). Ma tale intenzione dev'essere chiaramente dimostrata; tanto più trattandosi di negare eccezionalmente efficacia ad un atto o contratto liberamente consentito dalle parti, di applicare una sanzione di estremo rigore, qual è l'annullamento dell'atto o del contratto medesimo " di gettare (ripe-" tiamo anche qui le espressioni stesse del Laurent) il tur-" bamento nelle relazioni civili, distruggendo ciò che le " parti interessate hanno fatto, il che influisce pure, il più " delle volte, a danno dei terzi ". Ora, di queste massime ci sembra un'aperta contraddizione quella insegnata poi dal medesimo autore, che *spetti al giudice*, in questa materia, *l'ufficio di legislatore;* che il giudice debba ricercare, anzichè ciò che il legislatore ha voluto, ciò *che avrebbe voluto*, o per parlare più esattamente ancora, *ciò che avrebbe dovuto* volere; che il giudice debba apprezzare esso la importanza delle disposizioni legislative, e riconoscere se sia tale da richiedere la sanzione della nullità; che debba apprezzare esso i danni, che possono derivare per una parte dalla inosservanza della legge, per l'altra dall'annullamento degli atti, e scegliere tra i due mali il minore.

Gli annotatori del Zachariae ne hanno modificata la dottrina, correggendone quella parte che, forse non a torto, sembrava troppo indeterminata; e crediamo che possa essere utile il riprodurre le loro parole:

" Le *nullità virtuali*, cioè *quelle che risultano unicamente " dallo spirito della legge*, si attengono o al carattere intrin-" seco, o al fine speciale di determinate disposizioni legis-" lative.

" La infrazione dei precetti stabiliti da leggi riguardanti " l'ordine pubblico o i buoni costumi, produce general-

“ mente, pel carattere stesso di questi precetti, la nullità
“ virtuale degli atti con cui siano stati violati.

“ Quanto alle leggi d'interesse privato, sia ch'esse ab-
“ biano per fine di proteggere terze persone o le parti stesse,
“ la contravvenzione ai loro precetti trae seco la nullità
“ virtuale, *allorchè questa contravvenzione concerne condizioni*
“ *o formalità il cui adempimento è indispensabile per la rea-*
“ *lizzazione completa dello scopo che il legislatore si è pro-*
“ *posto di conseguire, e non la produce che in questo solo*
“ *caso* „ (1).

Tali ci sembrano i veri principii da seguirsi. Non può dipendere da apprezzamenti individuali dei giudici lo stabilire se per determinati atti, non conformi alle disposizioni della legge, sia necessaria la sanzione di nullità; non può essere rimesso al loro potere discretivo il valutare l'importanza della disposizione legislativa, e quella dell'atto in cui ne sono trasgrediti i precetti, per pronunciare,secondo chè l'uno o l'altro sembri ad essi preponderante, l'annullamento o la conservazione di quell'atto. Se il legislatore non ha nel testo della sua disposizione dichiarata la nullità, è necessario almeno trovare fondamento per pronunciarla nello spirito della disposizione stessa. E ciò potrà dirsi avverato qualora lo scopo, che il legislatore si è proposto nel dettarla, non possa essere conseguito, se non coll'adempimento delle condizioni e formalità in essa prescritte, e che non siano state osservate.

Qualora poi il precetto violato riguardi l'ordine pubblico o i buoni costumi, ciò stesso può bastare per argomentarne la volontà del legislatore di non permettere che un atto da cui è turbato l'ordine pubblico, o sono offesi i buoni costumi, abbia efficacia e possa produrre effetti che si troverebbero così in opposizione coll'interesse generale; ma di questo argomento dovremo occuparci più specialmente nel numero successivo.

---

(1) Aubry e Rau, t. I, § 37, nº 9.

Non si può disconoscere, del resto, che sebbene la pronunciazione di nullità virtuali debba essere regolata coi principii suavvertiti, l'applicazione in pratica può incontrare, ed incontra di fatto, numerose e gravi difficoltà.

Come abbiamo notato altra volta, il legislatore non si è occupato di stabilire un sistema completo relativamente alle nullità, fuorchè pel matrimonio, e per le disposizioni testamentarie. Nelle altre materie non s'incontrano che disposizioni separate per casi singoli, le quali lasciano per un grandissimo numero di altri casi insoluta dai testi la questione della validità o nullità di atti importantissimi. Nè certamente può considerarsi come lieve compito quello, che spetta ai giudici, di determinare quali siano veramente i fini propostisi dal legislatore in quelle date disposizioni; se pel conseguimento di quei fini sia veramente indispensabile l'adempimento delle condizioni e formalità da tali disposizioni prescritte; se quindi gli atti, in cui non siano state osservate, debbano riguardarsi, secondo lo spirito della legge, come validi o come nulli. Ma, ad ogni modo, nello spirito della legge, se non nel testo, deve trovarsi il fondamento per pronunciare la nullità; la sentenza che l'avesse dichiarata senz'averne questa base, e prendendo argomento da apprezzamenti e criteri individuali di mera convenienza ed utilità, sarebbe censurabile; e in fine, in qualunque caso in cui potesse rimaner dubbia la volontà del legislatore di ritener valido o nullo un determinato atto fatto in contravvenzione alle sue disposizioni, dovrebbesi decidere per la validità, anzichè per la nullità, perchè quella è la regola, questa la eccezione. In quest'ultima massima concordano tutti gli autori, e la giurisprudenza delle nostre Corti supreme l'ha più volte consacrata (1).

---

(1) V. decisioni della Corte di cassazione di Torino, 6 giugno 1866 (*Giurisprudenza*, Torino, III, 333); 27 agosto 1867 (*Giurisprudenza*, Torino, IV, 579); 12 genn. 1831 (*Legge*, XI, I, 590); della Corte di cassazione di Napoli, 8 marzo 1866 (*Legge*, VI, I, 427); 5 agosto 1869 (*Legge*, IX, I, 1148).

107. Secondochè le nullità risultano da contravvenzione a leggi *d'ordine pubblico* o *d'interesse privato*, prendono le denominazioni corrispondenti di *nullità di diritto pubblico* e *nullità di diritto privato* (1). Altri formulò in differente maniera questa distinzione, dicendo che sono *di diritto pubblico quelle nullità che riposano sopra una ragione d'ordine pubblico; e di diritto privato quelle che riposano sopra una ragione d'interesse privato* (2). Il criterio non è sostanzialmente diverso; giacchè la ragione della nullità di un atto desumendosi sempre dalla natura e dalla importanza della disposizione di legge, la cui violazione cagiona la nullità stessa, è naturale che per determinare se questa si attenga all'ordine pubblico od all'interesse privato, sia necessario risalire alla legge trasgredita, vedendo se essa riguardi l'uno o l'altro di questi ordini di rapporti; nè si concepirebbe come potesse essere d'interesse pubblico l'annullamento di un atto per violazione d'una regola di semplice interesse privato, o come questo solo potesse reputarsi impegnato nell'annullazione d'un atto contrario all'ordine pubblico. Ma appunto per ciò sembra più esatto e più efficace, per definire questa distinzione, il riferirla senz'altro alla natura delle leggi dalla cui violazione deriva la nullità. Così rimane semplificato d'assai il còmpito che ci proponiamo in questo numero; poichè, avendo già dimostrato i criteri, secondo i quali ci sembrò doversi determinare quando una legge sia da reputarsi d'ordine pubblico, e quando d'interesse privato (3), possiamo a quelli riferirci anche quanto alla distinzione tra le nullità di diritto pubblico, e quelle di diritto privato. Parimente, le cose che esponemmo in principio di questo capo circa le relazioni che esistono tra l'inammessibilità della derogazione ad alcune leggi, e la nullità degli atti in cui sia contravvenuto alle condizioni e alle forme per essi stabilite nelle leggi

---

(1) V. Solon, *Traité des nullités*, t. I, n. 7, 8.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 37.
(3) V. sopra, n. 9, p. 26, ss.

medesime (1) possono servire in parte a chiarire nei casi pratici il punto, se una nullità, risultante o dal testo o dallo spirito della legge, sia da classificarsi tra quelle di diritto pubblico, o tra quelle di diritto privato. Possiamo quindi limitarci ora ad un semplice e breve richiamo delle massime principali, che nei luoghi sopra citati curammo di svolgere.

Le nullità derivanti da inosservanza di leggi, che appartengono al *diritto pubblico* propriamente detto (2), sono necessariamente tutte *d'ordine pubblico.*

Lo sono pure quelle che risultano da violazione di leggi riguardanti il *buon costume.*

Quelle che dipendono da trasgressione di leggi di *diritto privato*, sono tuttavia *d'ordine pubblico*, allorchè tali leggi, sebbene abbiano per oggetto rapporti meramente privati, si propongono scopi e producono effetti d'interesse generale; come, p. es., le disposizioni che regolano i rapporti di famiglia, quella che vieta il patto pel quale si renda obbligatoria una comunione di beni per tempo maggiore di dieci anni (art. 681 cod. civ.), quella che dichiara impugnabile con azione rescissoria la divisione in cui uno dei partecipanti provi d'essere stato leso oltre il quarto (articolo 1038 codice civile), quella che attribuisce una simile azione al venditore che sia stato leso oltre la metà nel giusto prezzo d'un immobile (art. 1529 cod. civ.). Le convenzioni, colle quali si derogasse alle norme di legge regolatrici dei rapporti di famiglia, si vietasse ad uno dei partecipanti di poter domandare lo scioglimento d'una comunione di beni durante un tempo maggiore d'un decennio, si rinunciasse in un atto divisionale, o in un contratto di vendita d'immobili, al diritto di far rescindere la divisione o la vendita, non ostantechè vi si riscontrasse la lesione contemplata dalla legge, sarebbero nulle, e la nullità dovrebbe considerarsi *d'ordine pubblico.*

---

(1) V. sopra, n. 95, 96.
(2) V. sopra, n. 8, p. 22, 23.

Affinchè questa nullità di atti contrari a leggi di diritto privato possano, ciò non ostante, classificarsi tra quelle di ordine pubblico, è necessaria la chiara dimostrazione che la violazione di tali leggi offenda l'interesse generale; ed ogni dubbio, che potesse rimanere a tale proposito, dovrebbesi risolvere nel senso di ritenere la nullità di mero interesse privato. Tale è la norma da seguirsi nel pronunciare giudizio intorno alle difficoltà che su questo punto possono presentarsi frequenti e gravi.

Le nullità dipendenti dall'inadempimento di disposizioni di legge stabilite per l'interesse di terze persone, non sono da riguardarsi come nullità *d'ordine pubblico* per questa sola ragione. Abbiamo detto altrove che alle disposizioni di legge aventi per iscopo l'interesse di terze persone non potrebbero le parti derogare colle loro convenzioni, od atti quali che fossero di disposizione; e ciò per la ragione evidente, che, se è lecito rinunziare ai benefizi introdotti a proprio vantaggio, non così è ammessibile che si possa togliere effetto a quelli stabiliti in favore altrui. Aggiungemmo a questa un'altra considerazione, che le disposizioni fatte a favore dei terzi in genere rientrano in qualche modo tra quelle d'ordine pubblico, inquantochè tutti possono giovarsene (1). Quest'ultima proposizione però, enunciata nel solo senso speciale ora ricordato, non potrebbesi estendere fino a considerare veramente *d'ordine pubblico* per tutti gli effetti legali le nullità degli atti, in cui a quelle disposizioni si fosse contravvenuto. Esse non cessano d'essere d'interesse privato, perchè vi sia contemplato quello di tutte generalmente le terze persone, a cui gli effetti di determinati atti potessero essere opponibili; epperò, quando altro non concorresse a dimostrare che l'inosservanza di quelle disposizioni offendesse realmente un interesse generale, la nullità degli atti, in cui quelle violazioni di legge fossero state commesse, dovrebbe reputarsi di mero *diritto privato*,

---

(1) V. sopra, n. 9, p. 33.

per tutti gli effetti conseguenti. Così, non potrebbero tali nullità essere rilevate d'ufficio, qualora non venissero opposte dagl'interessati; e se taluno di questi rinunciasse a prevalersi delle nullità stesse, la rinuncia sarebbe efficace.

Qualche autore ha proposta una suddivisione delle nullità d'ordine pubblico, distinguendo tra esse quelle *d'ordine pubblico propriamente dette*, e quelle *d'ordine pubblico secondarie* (1). Nella prima categoria si collocherebbero le nullità derivanti da infrazione di leggi che facciano parte del *diritto pubblico* propriamente detto; nella seconda quelle dipendenti dalla contravvenzione a leggi aventi per oggetto rapporti di diritto privato, ma nondimeno attinenti all'interesse generale. Nè può negarsi che questa suddivisione abbia una base, che già ponemmo in rilievo in questo stesso numero, riferendoci anche ai principii esposti precedentemente. Nondimeno non ci sembra che essa offra alcun interesse pratico. Poichè, sebbene sia vero che tra le leggi di ordine pubblico si annoverano per prime quelle, che fanno parte del diritto pubblico, poi quelle ancora, che sebbene appartenenti al diritto privato, pei loro fini e pei loro effetti riguardano tuttavia l'interesse generale; è vero però altresì che le nullità, risultanti da violazione sì dell'una che dell'altra di queste categorie di leggi, non si distinguono tra loro per nessuna speciale differenza di conseguenze giuridiche nei rapporti di diritto civile. Nè quindi vediamo l'opportunità d'introdurre in questa teorica, già troppo irta di tante difficoltà, una suddistinzione di più, che a nostro modo di vedere avrebbe uno scopo meramente scolastico.

Resta ora di mostrare le differenze che realmente esistano, per gli effetti pratici, tra le nullità che si dicono *di diritto pubblico* e quelle *di diritto privato*. Al qual proposito non sarà forse inopportuno ricordare una riflessione, che già abbiamo fatta nell'esporre i principii fondamentali riguardanti l'altra distinzione tra l'inesistenza giuridica e la sem-

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. 1, n. 8.

plice nullità od annullabilità degli atti. Dicevamo allora, che le nullità *assolute e d'ordine pubblico*, a differenza delle *relative*, ed anche delle *assolute, ma d'interesse privato*, hanno comuni colla vera e propria *inesistenza giuridica* degli atti alcuni caratteri ed alcuni effetti, quantunque non possano con essa completamente confondersi (1). Ci proponiamo ora pertanto di richiamare ciascuno dei caratteri, che la dottrina indica come distintivi della inesistenza giuridica degli atti, e che in alcuni dei numeri precedenti abbiamo dimostrati, e ricercare le ragioni d'applicabilità, o non, d'ognuno di essi alle nullità d'ordine pubblico.

E innanzi tutto, può dirsi di queste, come della inesistenza giuridica, *che non abbiano bisogno d'essere dichiarate giudizialmente?* È un quesito del quale abbiamo già avuta occasione di occuparci incidentalmente; e ci sembrò dimostrata con sicurezza la risposta negativa (2). Sia pure assoluta, sia pure d'ordine pubblico la nullità di un atto: deriverà da ciò che possa essere proposta da qualunque persona avente interesse, che possa anche essere rilevata d'ufficio dai giudici; ma finchè non sia proposta, o non sia data occasione di dichiararla d'ufficio, producendo davanti l'autorità giudiziaria l'atto nullo, e fondando sovr'esso qualche domanda o qualche eccezione, e finchè i giudici non l'abbiano effettivamente pronunciata, l'atto, sebbene nullo, continuerà a produrre gli effetti civili, come se fosse pienamente valido (3). Sono i soli atti assolutamente inesistenti in diritto, che non possono produrre mai effetto alcuno; ed è in questo senso che si dice non occorrere per l'inesistenza giuridica alcuna dichiarazione giudiziale (4).

La nullità d'un atto, assoluta e d'ordine pubblico, può essere rilevata anche d'ufficio? Intorno a ciò abbiamo già dichiarata la nostra opinione affermativa; e notammo

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 542, 543.
(2) V. sopra, n. 97, p. 547-550.
(3) V. Zachariæ, Aubry e Rau, § 37, nª 15; Laurent, t. I, n. 69.
(4) Vedi sopra, n. 102, p. 670.

questo come uno dei caratteri comuni tra la nullità, purchè assoluta e d'ordine pubblico, e la inesistenza giuridica degli atti (1). E veramente, qualora sia prodotto un atto in giudizio, facendone fondamento d'una domanda o d'una eccezione, ma quell'atto sia infetto d'una nullità assoluta e di ordine pubblico, la sola ommissione della parte avversaria di rilevare ed opporre quella nullità non potrebbe avere per conseguenza che l'autorità giudicante facesse diritto alla domanda od alla eccezione, senza avere riguardo alla inefficacia dell'atto su cui è basata. Con ciò si accorderebbe il braccio della giustizia per dar valore ed esecuzione ad un atto contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume; il che è evidentemente inammissibile, come ripugnante alla ragione.

L'atto nullo, per nullità assoluta e d'ordine pubblico, è suscettibile di conferma? Anche su questo quesito annunciammo nel luogo citato da ultimo di opinare che tale nullità, al pari della inesistenza giuridica, osti alla conferma dell'atto, sebbene non abbiamo mancato di accennare pure a qualche cospicua autorità in senso contrario.

Vi è un punto, innanzi tutto, intorno al quale non si fa, nè veramente potrebbe sorgere, contestazione alcuna. La conferma suppone che col mezzo di essa *si corregga il vizio da cui la nullità dipendeva* (art. 1309 codice civile). Ora, se al tempo in cui vorrebbesi operare la conferma, la causa della nullità continui a sussistere, o più ancora se sia perpetua, se non possa cessare mai, è ben chiaro che la conferma diverrà impossibile, poichè sarebbe infetta essa medesima di quel vizio di nullità, che s'intenderebbe di sanare nell'atto confermato.

Così alcuni autori, da cui già riferimmo essere ritenuti suscettibili di conferma tutti gli atti semplicemente nulli, ancorchè di nullità assoluta e di ordine pubblico, a differenza degli atti giuridicamente inesistenti, che ritengono assoluta-

(1) V. sopra, n. 92, p. 542.

mente non confermabili, dicono essere quella una regola generale, a cui però sono da farsi alcune eccezioni; e prima di tutto " nei casi in cui la volontà dell'obbligato sia asso- " lutamente impotente a fare sparire in qualsiasi tempo la " nullità, di cui l'obbligazione si trovi infetta; il che ha " luogo allorchè questa nullità essendo ad un tempo di " ordine pubblico e perpetua, il vizio della obbligazione si " continui malgrado la conferma, e si comunichi a quest'ul- " tima „ (1). Accennano questi autori come esempio la conferma che si volesse operare d'una *convenzione fatta in contravvenzione all'articolo* 2088, riprodotto nell'art. 1894 del cod. italiano. Il Laurent aggiunge altri casi, in cui si volesse confermare una sostituzione nulla, od una liberalità fatta ad un corpo morale non autorizzato ad accettarla. Gli esempi si potrebbero moltiplicare; ma sarebbe superfluo; il principio non può essere contraddetto; se la causa della nullità è perpetua, od almeno tuttora esistente al tempo in cui vorrebbesi operare la conferma, questa non può verificarsi, perchè conterrebbe lo stesso vizio che si pretenderebbe di correggere.

La controversia non è dunque possibile se non fuori di questi casi, considerati dai predetti autori come eccezioni alla loro regola generale, secondo cui tutte le nullità, anche assolute e d'ordine pubblico, sarebbero suscettibili di conferma. Dicono essi che: " Questa regola è fondata sulla " generalità stessa dei termini di cui si serve l'articolo 1338 " (1309 cod. ital.), e sullo spirito con cui fu concepito, se- " condo il rapporto fatto da Jaubert al Tribunato.....; che " le nullità d'ordine pubblico possono esse pure venir co- " perte mediante la conferma, allorche siano cessate le " cause da cui erano prodotte....; e che, per esempio, una " cessione colpita di nullità per contravvenzione all'arti- " colo 1597 (1458 § 1° cod. ital.) potrebbe essere confer- " mata dopo la cessazione delle funzioni che formavano " ostacolo alla validità della cessione „ (2).

(1) V. Zachariæ, t. I, § 339, n° 7, 8; Aubry e Rau, t. IV, § 337, n° 1° (*a*).
(2) V. Aubry e Rau, l. c., n° 9; conf. Toullier, t. VIII, n. 515, 516.

È questa l'opinione che fu giustamente contraddetta, per quanto pare a noi, da un altro autore.

" La conferma, egli disse, è essenzialmente retroattiva,
" essa purga il vizio di cui l'obbligazione era infetta, di
" guisa che l'obbligazione produce i suoi effetti, non dal
" giorno in cui è stata confermata, ma da quello in cui è
" stata contratta. Ora, come si può concepire che una ces-
" sione di diritti litigiosi divenga valida a partire dal giorno
" in cui il giudice l'ha consentita, in onta alla legge ed al
" proprio dovere di magistrato? È questa una dottrina al-
" trettanto contraria alla morale che al diritto. Senza
" dubbio, il funzionario può rendersi cessionario del credito
" dopo che abbia cessato di essere incapace; ma altro è
" convenire una cessione nuova, altro confermare una ces-
" sione nulla " (1).

Queste argomentazioni, che ci sembrano di piena evidenza, possono egualmente ripetersi per qualunque altro caso di nullità assoluta e d'ordine pubblico, quantunque la causa che la produsse non esista più al tempo in cui si pretenda operarne la conferma. Esse non avrebbero alcun valore, se fosse fondato sul vero il sistema immaginato dal nostro Pescatore, secondo il quale *l'atto confermativo* sarebbe da considerarsi semplicemente come una nuova stipulazione del contratto, a cui solo si attribuisse effetto retroattivo fino al tempo del precedente contratto nullo. Ammesso un tale ordine di idee, che cosa potrebbe ostare a questa nuova convenzione con effetti retroattivi, se al tempo in cui viene stipulata si suppone non più esistente alcuna causa di nullità? Se non che, come abbiamo dimostrato, non è possibile confondere la formazione di un contratto nuovo, sia pure che se ne pattuiscano retroattivi gli effetti, colla conferma d'un anteriore contratto nullo (2). Ed è di questa conferma che si chiede se possa aver luogo solo perchè la causa di

---

(1) V. Laurent, t. XVIII, n. 600.
(2) V. sopra, n. 104, p. 681.

nullità assoluta e d'ordine pubblico della convenzione non sussista più al tempo in cui si vorrebbe convalidarla; di questa conferma, la quale, se fosse ammessibile, avrebbe virtù non tanto di far considerare come formato un nuovo vincolo contrattuale, retrotraendone convenzionalmente gli effetti ad un tempo anteriore, quanto di far riguardare come efficace il vincolo giuridico del primitivo contratto, come se non fosse esistita a quel tempo la causa di nullità che lo viziava. Non è forse evidente che con ciò la volontà dei privati contraenti si opporrebbe direttamente a quella del legislatore, manifestata in disposizioni d'ordine pubblico, attribuendo valore a convenzioni alle quali egli, per motivi di interesse generale, lo negava? Ripeteremo anche qui ciò che osservammo parlando della inesistenza giuridica degli atti. La formazione di un nuovo contratto, dopo cessata la causa di nullità del primo, rende omaggio alla volontà del legislatore, che questo colpiva di nullità assoluta e d'ordine pubblico; la conferma, che si volesse fare del contratto nullo, conterrebbe una implicita derogazione a tale disposizione d'ordine pubblico, il che non può ammettersi che avvenga per privata convenzione.

Gli argomenti dei signori Aubry e Rau non ci sembrano decisivi. Adducono la generalità dei termini dell'articolo 1338 (1309 cod. ital.); ma l'oggetto di quella disposizione era di stabilire quali dovessero essere i requisiti necessari per la validità dell'atto di conferma, non di determinare quali obbligazioni fossero confermabili; e la sola menzione generica, che vi si contiene, delle *obbligazioni contro le quali la legge ammette l'azione di nullità* non dà ragione sufficiente per ritenere che il legislatore abbia voluto rendere confermabili anche gli atti la cui nullità sia assoluta e d'ordine pubblico, quando d'altronde ciò non sarebbe conforme ai principii, come fu dimostrato.

Si adduce ancora lo spirito del predetto articolo 1338, desunto principalmente dalle relazioni di Jaubert al Tribunato, forse perchè nella relazione del 14 piovoso,

anno 12, il Jaubert, dopo aver dichiarato *non potersi in alcun modo confermare pretese convenzioni, di cui la legge non ha mai riconosciuta l'esistenza*, soggiunse " *che in tutti gli altri casi la ratifica può avere luogo* „, dal che vorrebbesi arguire che secondo le idee del Jaubert fossero escluse dalla possibilità di una conferma le sole *convenzioni inesistenti giuridicamente*, ma fossero confermabili *tutte le altre*, comprese quindi anche quelle infette di nullità assoluta e d'ordine pubblico. Se non che, nella relazione del giorno precedente (13 piovoso, anno 12) lo stesso Jaubert aveva detto che " l'azione di nullità o rescissione (di cui parlava l'art. 1314, " divenuto poi il 1338 nel codice) *non si applica che ai casi* " *in cui la convenzione può produrre un'azione, la quale non* " *di meno è suscettibile di essere respinta mediante una ecce-* " *zione*, cioè: 1° *al caso d'incapacità; 2° alla mancanza di* " *consenso*, per errore, violenza o dolo „. Dal che apparia che il Jaubert considerasse come suscettibili di conferma le sole obbligazioni *annullabili per vizio di consenso o per incapacità civile.* Ciò distrugge dunque l'argomento che si vorrebbe trarre da quelle relazioni al Tribunato, e prova una volta di più quanto sia pericoloso il fondarsi, per la interpretazione delle leggi, su qualche proposizione staccata dai discorsi tenuti allorchè vennero discusse.

Il Laurent, nel luogo sopra citato, ritiene pure applicabile la massima, che le nullità assolute e d'ordine pubblico non siano suscettibili di conferma, alle *nullità stabilite nello interesse dei terzi;* perchè, dice " *anch'esse sono d'interesse* " *generale, e perciò non possono essere coperte*, essendo bensì " lecito ai privati di rinunciare a ciò che è stabilito in loro " favore, ma *non a ciò che concerne l'interesse generale* „. Ammettemmo noi pure che sia sostenibile in un certo senso limitato attenersi all'ordine pubblico quelle disposizioni, che sono fatte per proteggere l'interesse dei terzi in generale; in quanto cioè tutti coloro pei quali un tale interesse possa verificarsi hanno diritto ad invocare tali disposizioni, e queste sotto tale aspetto possono pertanto qualificarsi

come riguardanti l'*interesse generale.* Osservammo però in questo stesso numero, che le nullità causate dalla infrazione di disposizioni di legge stabilite per l'interesse dei terzi non sono veramente da comprendersi nella categoria delle nullità d'ordine pubblico, in contrapposto a quelle d'interesse privato, per l'applicazione dei differenti effetti derivanti dalle une e dalle altre; giacchè l'essere introdotta una nullità per difesa di quegli interessi di terze persone, che potessero eventualmente essere offesi da un atto, non toglie che tali interessi siano e rimangano meramente privati, nè fa acquistare alla disposizione, che pronuncia quella nullità, il carattere di legge d'ordine pubblico, nel senso proprio della parola, nel senso dell'interesse sociale. Certamente gli atti nulli per queste cause non potrebbero essere confermati mediante accordo tra le parti, per l'effetto di privare i terzi interessati, e non consenzienti, del diritto di opporre i mezzi di nullità fondati sulle disposizioni della legge: e ciò per la natura stessa della conferma, che implica *rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro un atto* (art. 1309, § 2° cod. civ.), mentre è troppo evidente non potersi da alcuno rinunciare a mezzi od eccezioni competenti ad un altro che non consenta. Ma se all'atto di conferma prendessero parte i terzi interessati, la rinunzia che essi farebbero pel proprio privato interesse all'azione od eccezione di nullità, con cui potrebbero impugnare l'atto formante oggetto di conferma, non potrebbe essere privata di efficacia pel pretesto che *la nullità stabilita nell'interesse dei terzi sia d'interesse generale, al quale niuno può rinunciare;* salvo che, s'intende, la conferma non produrrebbe effetto di sorta rispetto a quei terzi, pure interessati, che all'atto della conferma stessa si fossero tenuti estranei.

In questo senso rettamente formularono la loro proposizione i signori *Aubry* e *Rau*, i quali annoverando tra le eccezioni alla regola da essi posta (che siano suscettibili di conferma tutte le obbligazioni soggette a nullità, o rescissione, ancorchè la nullità sia assoluta e d'ordine pubblico)

il caso in cui si tratti di formalità stabilite nell'interesse dei terzi, si esprimevano colle seguenti parole:

" La nullità risultante dall'inosservanza di tali formalità
" non può essere coperta, *a detrimento dei terzi, mediante*
" *una conferma stabilita tra le sole parti* " (1).

Resta di rispondere ad un ultimo quesito:

L'azione di nullità, quando questa sia assoluta e d'ordine pubblico, è estinguibile colla prescrizione stabilita dall'articolo 1300 del codice civile? Anche su questo punto dichiarammo la nostra opinione negativa, che ora dobbiamo giustificare; nè ci sembra che vi siano da superare molte difficoltà, sebbene le opinioni degli autori siano su questo punto discordi. Ve n'è una, secondo la quale nell'applicazione dell'art. 1304 del codice francese, corrispondente al 1300 del codice nostro, *non dovrebbe avere alcuna influenza il carattere della nullità, su cui sia fondata l'azione, poco importando che la nullità sia virtuale o testuale, relativa o assoluta, di fondo o di forma, d'interesse privato o d'ordine pubblico, purchè però sia suscettibile d'essere sanata mediante conferma;* e in appoggio di questa massima si adduce che " le parole:
" *in tutti i casi*, che si trovano in principio dell'articolo,
" indicano la generalità della disposizione di esso " (2).

Secondo altri, la breve prescrizione dell'articolo 1304 sarebbe stabilita per le sole azioni di nullità relative, dipendenti da vizi del consenso, da incapacità personale, da lesione. E non è da disconoscersi che questa massima potrebbe trovare un appoggio nella osservazione, che il secondo e terzo paragrafo di detto articolo parlavano appunto solamente di queste azioni di nullità relative, come si riscontra ugualmente nel secondo paragrafo del nostro articolo 1300. Oltre di che a tale interpretazione soccorrevano pure considerazioni storiche, stantechè nell'antico diritto francese le azioni di nullità per vizi del consenso e per in-

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 337, n° 1° (*b*).
(2) V. Toullier, t. VII, n. 599; Zachariæ, t. I, § 337, n° 3; Aubry e Rau, t. IV, § 339, n° 5, 7.

capacità personale delle parti nei contratti erano state sempre ritenute soggette ad una speciale prescrizione più breve dell'ordinaria. Si aggiungevano altri argomenti, dedotti dalla natura tutta speciale di queste azioni, le quali, riferendosi a vizi inerenti alla formazione stessa del contratto, credevasi opportuno che dovessero essere promosse entro un termine relativamente breve, affinchè da una parte non rimanesse lungamente incerta la sorte del contratto medesimo, e dall'altra non si perdessero i mezzi di prova che le parti potessero avere da produrre (1).

Una dottrina intermedia, fra le due surriferite, ritiene applicabile la breve prescrizione a tutte le azioni di nullità, benchè assolute, fondandosi sulla espressione generale, *in tutti i casi*, adoperata nell'art. 1304 del codice francese; ma eccettua le nullità d'*ordine pubblico*, allegando che come esse non sono suscettibili di conferma, non possono esserlo neppure della prescrizione predetta, non essendo essa altro che *una conferma tacita* (2).

L'interpretare quelle parole, *in tutti i casi*, che si leggevano nell'articolo 1304 del codice francese, e si leggono egualmente nell'articolo 1300 del codice italiano, nel senso che tale disposizione siasi voluta estendere a qualunque azione di nullità indistintamente, non sembra congruo. A persuadersene basti il riflettere come l'articolo non dica che *tutte le azioni di nullità durano per cinque anni, eccettuati i casi in cui siano ristrette a minor tempo speciali disposizioni*, ma dica invece che " le azioni di nullità o di rescissione " di un contratto durano per cinque anni, *in tutti i casi* " *nei quali non siano state ristrette a minor tempo da una* " *legge particolare* „ la quale frase appare diretta a limitare la portata della disposizione, riferendosi a casi di eccezione in cui certe azioni di nullità o di rescissione si prescrivono in tempo anche più breve, come in quello

(1) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, art. 1338, n. 52; Demolombe, t. XXIX, n. 122, 123.
(2) V. Laurent, t. XIX, n. 14, 15.

contemplato dall'articolo 1531 del codice nostro, anzichè ad estenderla, comprendendovi qualunque altra azione di nullità o di rescissione, ed escludendo la possibilità di qualsiasi distinzione tra esse.

Ma d'altra parte neppure crediamo abbastanza solido il fondamento, che i partigianidella seconda opinione cercano nelle successive disposizioni del medesimo articolo; nelle quali è vero che si parla unicamente delle azioni di nullità relativa per vizi di consenso o incapacità personale, ma ciò allo scopo di determinare il punto di decorrenza della prescrizione, che per questi casi è diverso dagli altri, il che dunque non implica certamente la intenzione di limitare a queste sole azioni di nullità la breve prescrizione di cui si tratta. Quanto alle tradizioni storiche poi, non pare che siano allegabili come mezzo decisivo di risoluzione in una materia, come questa, che ha subito radicali cambiamenti nella nuova legislazione.

A nostro modo di vedere, il testo dell'art. 1300 del codice nostro, come quello dell'articolo 1304 del codice francese, non offrendo, per le considerazioni sovra esposte, argomenti decisivi, nè per ritenere estesa la breve prescrizione ivi stabilita a tutte le azioni di nullità indistintamente, nè per ritenerla limitata a quelle sole dipendenti da vizi del consenso, da incapacità personale o da lesione; è coll'applicazione dei principii generali di diritto, che la questione dev'essere risolta. Uno ne fu indicato come irrepugnabile, e sarebbe che la breve prescrizione delle azioni di nullità debba riguardarsi come una *conferma tacita;* e questa non essendo ammissibile per le nullità assolute qualora siano anche d'*ordine pubblico*, ad esse non sia dunque neppure applicabile la prescrizione predetta. Ma intorno a questa dottrina, che vorrebbe considerare la breve prescrizione delle azioni di nullità come null'altro che una *conferma tacita*, abbiamo già esposte le nostre ragioni di dubbio (1),

---

(1) V. sopra, n. 105, p. 695, ss.

e, come vedemmo in questo stesso numero, neppure l'altra massima della inammissibilità della conferma per le nullità d'ordine pubblico è ammessa pacificamente, anzi ha contraddittori autorevolissimi. Non ci sembra pertanto abbastanza sicuro il risolvere una questione coi principii professati intorno ad altre parimente contestate. Reputiamo, d'altra parte, che indipendentemente da questi argomenti altri se ne possono addurre, i quali abbiano maggiore efficacia. Pare, innanzi tutto, non essere da trascurarsi il riflesso che la prescrizione stabilita dall'art. 1300 è una eccezione alla regola generale dell'art. 2135, secondo cui " tutte le azioni, tanto reali, quanto personali, si prescri- " vono col decorso di trent'anni „; e qualora si ammetta che l'articolo 1300 non sia applicabile a tutte indistintamente le azioni di nullità, quelle tra esse che vengano sottratte al detto articolo, ricadranno sotto la disposizione generale dell'altro art. 2135, che abbraccia assolutamente *tutte le azioni*, mentre l'art. 1300 non esprime che debbano essergli soggette *tutte le azioni di nullità*. Però il primo paragrafo di quest'articolo dice abbastanza per non doverne limitare l'applicazione alle sole azioni di nullità o rescissione dipendenti da vizi del consenso, incapacità personale o lesione, rispetto alle quali il successivo paragrafo determina solamente il tempo da cui la prescrizione debba cominciare a decorrere; poichè, mentre sarebbe stato assai facile l'esprimere questa limitazione, il legislatore ha parlato invece delle *azioni di nullità*, senza dichiarare nè di volerle comprendere indistintamente *tutte* nella sua disposizione, nè di volerle limitare ad alcune.

Così essendo, per ciò che riguarda il testo, non si può che ricorrere, per la interpretazione della legge, alla presumibile intenzione del legislatore, deducendola dai motivi di questo articolo 1300; i quali, come riferimmo precedentemente, consistono nell'essersi voluto *guarentire la stabilità dei contratti, e l'interesse legittimo del commercio, il quale non permette che la proprietà e gli altri diritti sulle cose riman-*

gano per lungo tempo incerti (1). Non negheremo che codesti motivi trovino una più speciale applicazione nei casi di nullità dipendenti da vizi del consenso o da incapacità personali dei contraenti, che sono poi contemplati espressamente nel secondo paragrafo del medesimo articolo. Tuttavia quei motivi non sono certamente estranei ad altre nullità relative, e neppure a quelle nullità assolute, le quali però, essendo di mero interesse privato, non possono essere pronunciate se non le propongono coloro che vi hanno interesse. Anche per questi casi *la stabilità dei contratti e l'interesse legittimo del commercio* consigliavano a restringere ad un breve termine l'esercizio della facoltà d'intentare codeste azioni di nullità concedute ai privati, i quali d'altronde non avrebbero motivo di lagnarsi di tale limitazione, dovendo essi conoscere i particolari del loro contratto, e il termine di cinque anni essendo sufficiente perchè possano scoprire i vizi inerenti al contratto medesimo, e calcolare se abbiano interesse a promuoverne l'annullamento. All'interesse individuale, che costoro avrebbero, di godere del più lungo tempo della prescrizione ordinaria per l'esercizio delle loro azioni di nullità, si contrappone l'interesse pubblico della stabilità delle contrattazioni e della sicurezza del commercio. A questi casi pertanto si estendono pure i motivi dell'articolo 1300; e poichè non ostano i termini in cui esso è concepito, non sembra da esitarsi a ritenere che anche le azioni di *nullità relative*, sebbene non dipendenti da vizi del consenso, da incapacità personale o da lesione, anche le azioni di nullità assolute, ma di *diritto privato*, vadano soggette alla speciale prescrizione stabilita dal detto articolo.

Ma quando invece si tratti di nullità d'ordine pubblico, i ragionamenti sovra esposti non reggono più. L'interesse privato del contraente, a cui compete l'azione di nullità, non trovasi più allora in opposizione all'interesse generale, che *non permette di lasciare per lungo tempo incerti i diritti*

---

(1) V. sopra, n. 105, p. 698.

di proprietà e gli altri diritti sulle cose; anzi l'interesse generale e il particolare si accordano nell'esigere che si mantenga pel più lungo tempo l'esercibilità d'un'azione, il cui risultamento dev'essere di ristabilire anche l'ordine pubblico, dando luogo all'annullamento d'un atto che gli è contrario. Le nullità d'ordine pubblico rassomigliano pei loro caratteri alla inesistenza giuridica degli atti, anche per ciò che non può la legge assistere coi mezzi della giustizia l'esecuzione di un atto, il quale nel contravvenire ad una sua disposizione offenda direttamente l'ordine pubblico; e sarebbe strano che la legge favorisse invece l'efficacia d'un tale atto, abbreviando eccezionalmente il tempo per poterne provocare l'annullamento; sarebbe strano, per esempio. che un atto contrario alla morale pubblica fosse, per una disposizione eccezionalmente favorevole di legge, irrepugnabilmente convalidato pel solo decorso di cinque anni. Anche queste azioni per nullità d'ordine pubblico rimarranno soggette alla prescrizione ordinaria di 30 anni, perchè un limite di tempo è pur necessario per la sicurezza dei rapporti giuridici e la tranquillità delle famiglie; e la regola assoluta dell'art. 2135 non ammette eccezioni nel senso che possano esservi azioni esercibili per più lungo tempo. Ma nè lo spirito della legge nè la ragione permetterebbero che quel tempo fosse abbreviato per favorire l'efficacia di atti contrari all'ordine pubblico.

Dopo quanto abbiamo osservato su questo importante argomento, non sarà forse senza qualche utilità il riassumere in poche parole i punti di concordanza e di differenza tra le nullità d'ordine pubblico da una parte, e dall'altra le nullità d'interesse privato, e l'assoluta inesistenza giuridica degli atti.

Le nullità assolute e d'ordine pubblico non hanno conseguenze legali se non siano pronunciate in giudizio, nel senso che fino a quando non vi sia una sentenza che le dichiari, l'atto infetto di nullità è riguardato nondimeno come efficace, e continua a produrre gli effetti giuridici

come se fosse perfettamente valido. In ciò codeste nullità convengono colle altre di puro interesse privato, e si differenziano dalla inesistenza giuridica, le cui conseguenze sono indipendenti da dichiarazione giudiziale.

Le stesse nullità assolute d'ordine pubblico possono essere rilevate d'ufficio dai giudici, non sono suscettibili di conferma, non sono soggette alla breve prescrizione stabilita dall'art. 1300 del codice civile, e in questi vari punti si accordano colla inesistenza giuridica degli atti; ma nei punti stessi disconvengono dalle altre nullità, siano poi relative, od anche assolute, ma *di diritto privato*, le quali invece hanno bisogno d'essere proposte da coloro che vi hanno interesse, possono essere tolte di mezzo colla conferma, e le corrispondenti azioni si estinguono colla prescrizione quinquennale a norma del citato art. 1300.

108. Un'altra distinzione insegnata dalla dottrina, e che già più volte abbiamo avuto occasione di ricordare, è quella tra le *nullità assolute* e le *relative*.

Si dicono *assolute* quelle nullità che possono essere proposte da qualunque persona che vi abbia interesse; *relative* quelle che possono essere invocate soltanto da determinate persone (1). Altri disse *nullità assolute* “ quelle che la legge “ ha pronunciate in favore di tutti coloro che possono “ avere interesse a prevalersene „ e *nullità relative* “ quelle “ che risultano dalla contravvenzione ad una legge, le cui “ disposizioni non interessano che certe persone o certe “ comunità „ (2). Preferiamo la prima di queste definizioni, perchè determina veramente il carattere distintivo delle nullità assolute e delle relative; mentre l'altra accenna piuttosto al criterio mediante cui, in casi di dubbio, si può stabilire se una nullità debba essere collocata nell'una o nell'altra delle predette categorie. Spetta al legis-

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 37; Aubry e Rau, t. I, § 37.
(2) V. Solon, *Traité des nullités*, t. I, n. 9.

latore, come il determinare se a sanzione delle sue disposizioni sia, o no, da comminarsi la nullità degli atti che vi contravvengano, così il limitare, o no, a determinate persone l'esercizio della corrispondente azione; e se la limita a persone designate, la nullità diventa *relativa* a loro; se non facendo alcuna limitazione ne abbandona l'esercizio a chiunque possa avervi interesse, secondo il principio fondamentale delle azioni, la nullità si considera come *assoluta*. L'essere particolare a certe persone, o il poter essere comune a molte non designabili dalla legge, l'interesse all'osservanza di date disposizioni legislative, e l'interesse quindi di far annullare gli atti che a tali disposizioni contravvengano, sarà la ragione che determinerà il legislatore a proclamare quelle nullità come relative, o come assolute, ma non è il carattere distintivo delle une e delle altre. Un'altra inesattezza ci sembra potersi riscontrare nella formola che rigettiamo. Vi si parla di *nullità pronunciate in favore di determinate persone, o in favore di tutti gl'interessati;* quasichè le nullità venissero introdotte *a benefizio delle persone*, alle quali è attribuito l'esercizio delle corrispondenti azioni. Ora, non è, nè può essere questo il concetto della legge. Quando questa statuisce, o espressamente, o virtualmente, una nullità, non intende di favorire persone e creare privilegi, ma di assicurare l'osservanza delle proprie disposizioni, colpendo di nullità gli atti in cui vengano trasgredite. È solo l'*esercizio delle azioni* di tali nullità stabilite dalla legge, che viene limitato a determinate persone, o permesso a tutti gl'interessati; secondochè sia particolare a determinati individui, o verificabile in chiunque l'interesse legittimo a promuovere le azioni medesime. Di queste idee è facile riscontrare l'esattezza nei casi in cui, più che in ogni altro, potrebbe apparire *pronunciata in favore di determinate persone* la nullità di certi atti; per quegli atti, cioè, che siano fatti da persone civilmente incapaci — come i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, le donne maritate (art. 1107, 1109 cod. civ.) — senza

l'adempimento delle formalità prescritte dalla legge. In tali casi stessi la nullità non è certo stabilita per favorire queste persone come privilegiate, ma per dare sanzione alle disposizioni che nell'interesse anche generale hanno prescritto l'adempimento di certe formalità negli atti relativi agl'interessi di questi incapaci; e se ad essi soli, od ai loro rappresentanti, è riservato l'*esercizio delle azioni* per far dichiarare tali nullità, è perchè essi soli vi hanno un *legittimo interesse*, mentre se a loro fosse utile, anzichè pregiudizievole, il contratto in cui le forme prescritte dalla legge non furono osservate, cesserebbe la ragione di annullarlo, anzi l'annullamento riescirebbe contrario allo scopo medesimo della legge. Per simili ragioni reputiamo pure inesatta una proposizione, che lo stesso autore deduce come conseguenza della definizione da lui data delle *nullità relative*. Egli afferma che " la nullità relativa, anzichè " una nullità vera e propria, è semplicemente *una facoltà,* " *che il legislatore ha voluto accordare ad una o più per-* " *sone, di far annullare un atto od una procedura, che* " *nessun altro potrebbe impugnare* " (1). Anche qui trapela l'idea erronea d'un benefizio, d'un privilegio accordato a colui al quale è resa relativa l'azione di nullità. Al contrario la nullità è statuita dalla legge, non per favore a persone, ma per sanzione necessaria ad assicurare l'osservanza delle disposizioni della legge stessa. Solo l'esercizio dell'azione di nullità è riservato a determinate persone, pei motivi che abbiamo indicati. Fermato il criterio che distingue le nullità assolute dalle relative, è chiaro poi che l'*interesse* di cui si parla quanto alle prime, e che dà fondamento a chiunque possa allegarlo per esercitare le azioni corrispondenti, consiste nella *utilità di non riconoscere come efficace l'atto nullo, da cui si voglia desumere qualche argomento contro chi propone la nullità*. Ond'è che a tale condizione la nullità assoluta può essere proposta anche *da terzi,*

---

(1) V. Solon, l. c., n. 10.

da persone, cioè, che nè personalmente, nè col mezzo dei loro rappresentanti o rappresentati, abbiano presa alcuna parte all'atto o contratto impugnato (1).

L'interesse però, inteso nel senso sopra indicato, deve essere *legittimo* ed *attuale*, com'è necessario, secondo i principii fondamentali di diritto, per l'esercizio di qualsiasi azione. Nella materia intorno alla quale il codice nostro contiene un sistema completo di regole concernenti le nullità — nella materia cioè del matrimonio — l'art. 104, che contempla i casi di *nullità assoluta*, dichiara infatti espressamente che per contravvenzione alle disposizioni di legge ivi accennate il matrimonio " può essere impugnato " dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico mi- " nistero, *e da tutti coloro che vi abbiano un interesse legit-* " *timo ed attuale* „. In altre disposizioni sono determinate le cause di *nullità relativa*. Così è detto nell'art. 105 che il matrimonio " può essere impugnato *da quello degli sposi,* " *del quale non sia stato libero il consenso, o da quello che fu* " *indotto in errore sulla persona dell'altro sposo* „; nell'articolo 107, che l'impotenza manifesta, perpetua, anteriore al matrimonio " *può essere proposta come causa di nullità* " *dall'altro coniuge* „; nell'art. 108 che " il matrimonio " contratto senza il consenso degli ascendenti, o del con- " siglio di famiglia o di tutela, *può essere impugnato dalle* " *persone delle quali era richiesto il consenso, e da quello* " *degli sposi a cui il consenso era necessario* „; nell'articolo 112, che il matrimonio contratto da un interdetto " può essere impugnato dall'interdetto medesimo, dal suo " tutore, dal consiglio di famiglia e dal pubblico mini- " stero „. La *legittimità* dell'interesse, che è necessaria per dar fondamento all'esercizio dell'azione di nullità assoluta, s'intende nel senso che lo scopo, pel quale chi propone la nullità vuole con questo mezzo esimersi da qualsiasi effetto dell'atto nullo, sia conforme alla legge; non essendo am-

(1) V. Toullier, t. VII, n. 558.

missibile che alcuno possa prevalersi della nullità per conseguire un fine che dalla legge sia riprovato.

L'interesse dev'essere poi *attuale*, cioè fondato sopra un danno presente, che si tenda a rimuovere col far riconoscere e dichiarare la nullità dell'atto. Ma se non vi è lesione attuale d'un interesse legittimo, la quale lesione derivi dall'atto di cui si propone la nullità, la sola allegazione d'un danno possibile, per argomenti che eventualmente si potessero dedurre dall'atto, contro colui che lo pretende nullo, non basterebbe a giustificare l'esercizio dell'azione di nullità.

Qualche volta — come nelle disposizioni relative al matrimonio, che abbiamo sopra ricordate — il legislatore dichiara espressamente se una nullità sia proponibile da chiunque vi abbia interesse, o solo da determinate persone; ed allora il carattere di nullità assoluta o relativa risulta dal testo medesimo della legge. In molti altri casi però si riscontra la semplice dichiarazione di nullità; e per essi è d'importanza grandissima lo stabilire i caratteri dai quali si possa riconoscere se la nullità sia assoluta o sia relativa. Generalmente si concorda nel riguardare come regola il carattere assoluto nelle nullità, e come eccezione l'essere esse relative; dal che deriva, che quando nè dalla lettera nè dallo spirito della legge risulti che sia stata limitata a determinate persone la facoltà di proporre una nullità, debba questa essere considerata come assoluta. Se qualche disaccordo vi è tra gli autori in questo particolare, è piuttosto, per quanto pare a noi, nella forma di esprimersi, che nella sostanza.

Il Toullier, nel luogo che abbiamo sopra citato, aveva detto che " Qualunque disposizione in cui si dichiari posi-
" tivamente e senza restrizione la nullità di un atto, ossia la
" semplice dichiarazione di nullità, qualunque ne sia il mo-
" tivo, o per causa d'interesse pubblico, o per interesse di
" privati, o per vizio di forma, *opera una nullità assoluta,*
" *per ciò stesso ch'essa non è limitata a determinate persone* „.

Altri scrittori censurarono questa formola, che parve ad essi *eccessivamente generica, perchè non tien conto della restrizione che può virtualmente apportarvi il motivo della legge;* e formularono la regola in quest'altro modo:

" Ogni nullità deve reputarsi assoluta, salvo che il legis-" latore abbia espressamente limitato a determinate per-" sone il diritto di proporla, o tale restrizione risulti vir-" tualmente dal motivo su cui la nullità è fondata „ (1).

Preferiamo quest'ultima formola come più esatta e completa. Tuttavia ci sembra che il Toullier non abbia probabilmente inteso di proporre una massima diversa. La regola, ch'egli voleva stabilire, era, che qualora non risultasse diversa la volontà del legislatore, *la semplice dichiarazione di nullità* espressa nella legge dovesse riguardarsi di *nullità assoluta*. E di ciò non si può dubitare. Qualche autore anzi manifestò l'idea che qualunque nullità dovesse essere proponibile da tutti gl'interessati, acciocchè ne risultasse una sanzione più efficace delle disposizioni della legge. Questo concetto era veramente esagerato, poichè vi son casi nei quali i motivi che indussero a richiedere in determinati atti certe condizioni o formalità, e qualora queste non fossero adempite, a colpire di nullità gli atti medesimi, riguardano realmente il solo interesse privato di determinate persone; ond'è conseguente che a queste sole sia relativa la nullità stessa. Però l'idea fondamentale, che alla più efficace sanzione delle disposizioni della legge giovi che la nullità sia assoluta, anzichè relativa, affinchè più facilmente venga provocato l'annullamento dell'atto alla legge contrario, tale idea è vera; e questa conseguenza almeno se ne deduce legittimamente, che qualora il legislatore abbia espressamente statuita la sanzione di nullità, e non abbia voluto limitare l'esercizio della corrispondente azione a determinate persone, debba ritenersi assoluta la nullità; il che d'altra parte è una necessità evidente, posto che non risul-

---

(1) V. Zachariæ, t. 1, § 37, nⁱ 14 e 15; Aubry e Rau, t. 1, § 37, n° 12.

tando a quali persone determinate sia da attribuirsi l'azione di nullità, non rimane che ritenerla spettante a qualunque persona interessata, se non si vuole rendere puramente nominale la dichiarazione di nullità fatta dal legislatore.

Ma la volontà del legislatore stesso, di non estendere a qualunque persona interessata la facoltà di promuovere l'azione di nullità, bensì limitarla a persone determinate, può risultare tanto da dichiarazione esplicita contenuta nel testo legislativo, quanto implicitamente dalla combinazione d'altre disposizioni, e dai motivi stessi di quella in cui è dichiarata la nullità, i quali possono rivelare la intenzione del legislatore. È questa una regola comune nell'interpretazione delle leggi; nè vi sarebbe ragione di decamparne qui; nè il Toullier stesso, col dire che le nullità *dichiarate senza restrizione dalla legge siano da reputarsi assolute per ciò stesso che non vengano limitate a certe persone*, ha escluso che tale limitazione possa essere tacita, non avendo detto che debba essere espressa.

I motivi della nullità, i quali riguardino esclusivamente l'interesse di determinate persone, possono dunque giustificare che ad esse sole ritengasi relativa quella. In mancanza di ciò, e d'una dichiarazione espressa della legge, le nullità sono da reputarsi *assolute*. E tali debbono considerarsi, in generale, le nullità d'*ordine pubblico*, appunto perchè i motivi in tal caso riguardano l'interesse generale, non quello di persone determinate. In generale, abbiamo detto; perchè può talora verificarsi che, sebbene una nullità sia d'ordine pubblico, i motivi della disposizione, dal cui inadempimento la nullità deriva, riguardino esclusivamente l'interesse di persone determinate; o che quei motivi siano tali, che il lasciar luogo a potersi proporre la nullità da qualunque persona interessata contraddica lo scopo che il legislatore si propose di conseguire; ed in tali ipotesi eccezionali l'applicazione della regola, che per determinare, in mancanza di espressa disposizione di legge in proposito, se una nullità sia assoluta o relativa, debbasi

ricorrere ai motivi della legge, porterebbe necessariamente alla conseguenza di dover riguardare quelle nullità come relative (1). Così sono indubbiamente d'ordine pubblico le nullità dipendenti da inadempimento delle formalità prescritte dalla legge per gli atti di persone civilmente incapaci, come i minori, gl'interdetti, gl'inabilitati, le donne maritate; e nondimeno tali nullità sono *relative* agl'incapaci stessi, perchè nel loro interesse esclusivo sono stabilite quelle formalità, dalla cui inosservanza derivano le nullità predette. Così pure è d'ordine pubblico la nullità della cessione, che i giudici o gli altri funzionari indicati nell'articolo 1458 del codice civile abbiano riportato, di liti, ragioni od azioni litigiose di competenza della Corte o del Tribunale presso cui esercitano le loro funzioni; e nondimeno tale nullità non è proponibile dal cessionario, il quale contrarierebbe lo scopo della legge giovandosi d'una nullità, che dipende dalla violazione da lui commessa d'una disposizione recante a suo carico una incapacità legale di accettare quella cessione (2).

109. Qualche autore ha proposto un'altra distinzione tra le *nullità di pien diritto* e quelle *per via di azione*. E poichè queste parole si veggono non di rado riprodotte nell'uso del fôro, non sarà forse inopportuno riferire il senso in cui tale distinzione fu intesa. L'autore, che la proponeva, dava le seguenti definizioni:

" Le *nullità di pien diritto* sono quelle che il legislatore
" ha formalmente pronunciate, o che non essendole espres-
" samente, derivano da un vizio apparente o reale, che ha
" impedito la formazione dell'atto o del contratto.......

" Le *nullità per via di azione* sono quelle che il legislatore
" non ha voluto pronunciare direttamente, perchè dipen-
" dendo esse piuttosto da circostanze di fatto, che dalla

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 37, n° 13, 14.
(2) V. sopra, n. 101, p. 628.

“ disposizione della legge, era quindi indispensabile di “ sottometterle all'apprezzamento del magistrato „ (1).

L'autore accenna poi i caratteri particolari dell'una e dell'altra specie di nullità; dicendo che le *nullità di pien diritto* sono sempre *assolute*, quando risultano da una trasgressione di legge che ha per conseguenza il *non esse* della convenzione; possono invece essere solo *relative* allorchè non impediscono che il contratto abbia una qualche efficacia; che le *nullità per via di azione* “ non impediscono che un atto possa nondimeno offrire tutte le apparenze della realtà, e produca “ anche in certi casi i medesimi effetti come se fosse valido; e specialmente non impediscono che un titolo sia “ traslativo della proprietà, e che il possessore possa credersi di buona fede „. Porge un esempio negli atti dello interdetto, che sono nulli di pien diritto, se fatti dopo la sentenza di interdizione, annullabili per via di azione se anteriori; e dice che nel primo caso non potrebbe il giudice convalidare l'atto per motivi quali che fossero, ancorchè gravissimi, mentre nel secondo la nullità dipende da un apprezzamento di fatto, abbandonato alla coscienza del magistrato. Ne conchiude che quando la nullità è di pien diritto, i giudici non possono dispensarsi dal pronunciarla, perchè risulta da una presunzione *juris et de jure;* mentre per la nullità che non è di pien diritto, dipende ordinariamente dai giudici l'accoglierne o rigettarne la domanda. Osserva nondimeno, che neppure le nullità di pien diritto producono veramente i loro effetti, se non quando siano riconosciute per sentenza, perchè a niuno è lecito rendersi giustizia da sè (2).

Altri opinarono che nel linguaggio giuridico francese non sia da attribuirsi nessun significato proprio e invariabile alle espressioni di *nullità di diritto* o *di pien diritto;* che il senso di esse dipenda dalla specialità delle materie in cui vengano usate; e citavano per esempio l'art. 502

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 12.
(2) V. Solon, l. c., n. 13, 15, 16.

del codice francese, in cui si dicono *nulli di diritto* gli atti tutti dell'interdetto dopo la sentenza, per indicare che, contrariamente all'antico diritto, gli atti di chi è interdetto giudizialmente sono nulli, ancorchè fatti in un lucido intervallo. Concordavano, pel resto, essi pure nel ritenere che nessuna nullità possa produrre conseguenze se non sia stata pronunciata dai giudici, e fino a questo tempo anche gli atti nulli si reputino in diritto efficaci; ciò che esclude potervi essere *nullità di pien diritto* nel senso che *non sia necessario di farle pronunciare* (1). Questa ultima massima, della quale abbiamo ripetutamente parlato, è dunque fuori di questione (2).

Secondo le idee del Solon, la differenza sostanziale tra la *nullità di pien diritto*, e quelle *per via di azione*, consiste in ciò, che dal pronunciare le prime il giudice non può mai dispensarsi, mentre per le seconde ha una facoltà di apprezzamento, che dipende totalmente dal suo prudente criterio e dalla sua coscienza. Ma è poi veramente esatto questo concetto, e n'è quindi giustificata la distinzione che si vuole stabilire? Qualunque sia la nullità di cui si chieda la dichiarazione, il giudice, che deve riconoscerla e dichiararla, ha sempre una duplice indagine da eseguire; la prima *di fatto*, per accertare se sia stata osservata o trasgredita la legge; la seconda *di diritto*, per determinare se la trasgressione della legge, supposto che siasi verificata, produca o no la nullità dell'atto. Vi sono casi in cui il punto di fatto si rivela mediante la semplice ispezione materiale degli atti; ve ne sono altri in cui sono necessarie istruzioni, prove, apprezzamenti, talvolta laboriosi e di risultamenti incerti. Ciò però riguarda i mezzi, che conducono alla decisione della controversia, non l'indole dell'azione promossa, la quale non è mutabile per la maggiore o minore difficoltà delle indagini che può rendere necessarie. Circa il punto

(1) V. Zachariæ, t. I, § 37, nº 17, 18; Aubry e Rau, t. I, § 37, nª 18, § 127, nª 2; Laurent, t. XVIII, n. 532.

(2) V. sopra, n. 107, p. 719.

di diritto, nulla certamente può essere abbandonato all'arbitrio dei giudici. È la legge che statuisce, o espressamente, o virtualmente, la nullità; il giudice non fa che dichiararla; ed è solo in base alla disposizione della legge, che può e deve pronunciarla. Nondimeno quanta difficoltà s'incontra spesse volte per determinare, nell'applicazione della legge, se essa rechi o non rechi la nullità dell'atto che non le è conforme!

Non è quindi esatto il dire che solo quando il vizio dell'atto si manifesti dalla semplice sua apparenza, il giudice non possa dispensarsi dal pronunciare la nullità, mentre quando bisogna apprezzare le circostanze di fatto il pronunziarla o no dipenda dal giudice. È vero soltanto che la decisione dei giudici del merito, insindacabile quanto al punto di fatto, può essere sempre censurabile quanto al punto di diritto. E se, per pronunciare sulla domanda di nullità, sia necessario accertare fatti controversi intorno alla trasgressione di legge su cui la domanda si fonderebbe, l'apprezzamento di que' fatti, ancorchè erronei, non darebbe certamente luogo ad annullare la sentenza, ma vi potrebbe sempre dare luogo l'erronea applicazione del diritto. Si accetti pure l'esempio che il Solon desume dagli articoli 502 e 503 del codice francese, a cui corrispondono gli articoli 335 e 336 del codice nostro.

“ Se l'atto è fatto dopo la sentenza d'interdizione — dice
“ il Solon — esso è *nullo di pien diritto*; il giudice non
“ potrebbe convalidarlo per qualunque considerazione, per
“ quanto grave essa fosse „.

E quest' ultima proposizione è incontestabile, supponendo che la sentenza dei giudici del merito abbia posto in fatto che l'atto impugnato come nullo sia stato posteriore alla sentenza d'interdizione. Se la sentenza medesima avesse nondimeno dichiarato valido l'atto sotto un pretesto qual che fosse, sarebb'essa annullabile per violazione dell'art. 502 del codice francese, 335 del codice italiano; non però perchè l'atto fosse *nullo di pien diritto*. Nel codice fran-

cese era detto veramente, ed è ripetuto dal nostro, nei ricordati articoli, che " gli atti fatti dall'interdetto dopo la " sentenza d'interdizione sono *nulli di diritto* „; ma questa espressione ha tutt'altro senso, essendosi voluto significare che basta la interdizione pronunciata prima dell'atto a renderlo nullo, senza doversi o potersi indagare se al momento del prestato consenso l'interdetto fosse, o no, in istato di mente sana, in un lucido intervallo (1). Che la nullità non sia *di pien diritto*, lo prova la necessità stessa che intervenga una sentenza a riconoscerla e dichiararla in seguito ad azione promossa nell'interesse dell'incapace, a cui solo, ed ai suoi rappresentanti o successori, quella nullità è relativa; nella quale sentenza è poi indispensabile che sia, innanzi tutto, accertato il fatto della *convenzione posteriore alla pronunzia della interdizione;* il che esclude l'asserzione che i giudici del merito *non possano dispensarsi dal pronunciare la nullità*, come appunto dice il Solon di quelle che egli chiama *nullità di pien diritto*. Suppongasi che si tratti d'una convenzione verbale, e i giudici del fatto abbiano ritenuto ch'essa sia stata consentita *prima dell'interdizione*, senza il concorso delle circostanze previste dall'art. 336 del codice nostro, e perciò abbiano rigettata la domanda di nullità. Forsechè sarebbe soggetta a cassazione questa sentenza? No certamente; perchè in fatto sarebbe insindacabile, in diritto conforme alla legge.

Ma veniamo all'altra parte dell'argomentazione del Solon sull'esempio da lui proposto.

" Al contrario — egli dice — se l'atto è anteriore alla " sentenza, la nullità non può essere pronunciata dal giu- " dice, fuorchè dopo un esame di fatto, e nel solo caso in " cui la causa dell'interdizione sia notoriamente esistita " allorchè l'atto fu fatto „; dal che egli deduce che " la " nullità, in questo caso, dipende da un fatto, il cui apprez- " zamento è abbandonato alla coscienza del magistrato „,

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 537, 538.

e che perciò non si tratta di una *nullità di pien diritto*, ma è rimesso alla facoltà del giudice l'accogliere o rigettare la domanda di annullamento. Or bene, in questo caso stesso non sappiamo scorgere una differenza sostanziale dal primo; anche qui troviamo un giudizio insindacabile di fatto, ed una pronunzia di diritto, che potrebbe dar luogo a fare annullare la sentenza. I giudici del merito avranno ritenuto che nel tempo anteriore all'interdizione, in cui l'interdetto ha compiuto l'atto impugnato, *sussistesse la causa dell'interdizione*, cioè la *condizione di abituale infermità di mente, che lo rendesse incapace di provvedere ai proprii interessi* — sussistesse *notoriamente*, secondo l'articolo 503 del codice francese, o sussistesse col concorso della *mala fede* dell'altro contraente, secondo l'art. 336 del codice nostro — ed avrà annullato l'atto; od al contrario, ritenendo non verificate le circostanze predette determinate dalla legge, avrà rigettata la domanda di nullità. Ed allora, avendo i giudici del merito pronunziato da una parte apprezzamenti di fatto insindacabili, e dall'altra in base di que' fatti applicato rettamente il diritto, non vi sarà luogo a censura. Ma suppongasi, all'opposto, che i giudici del merito, pur ammettendo come costanti i fatti previsti dai detti articoli, abbiano nondimeno rigettata la domanda di nullità, ritenendo necessaria la prova che al momento preciso del prestato consenso, colui che fu poscia interdetto si trovasse privo dell'uso delle sue facoltà mentali; o ritenuto in fatto che non tutte quelle circostanze concorressero, abbia tuttavia annullato l'atto, sotto pretesto, per esempio, del danno che ne derivò all'interdetto medesimo. Vi saranno allora violazioni di legge, che faranno luogo a cassazione della sentenza. Non è dunque vero che per gli atti fatti dall'interdetto anteriormente alla sentenza d'interdizione dipenda totalmente dal giudice di merito l'accogliere o rigettare la domanda di nullità, perchè questa non è allora *di pien diritto*; e tale base della proposta distinzione è manifestamente fallace.

Del resto, quando il Solon classifica fra le *nullità di pien diritto* " quelle, che non essendo espressamente pronun- " ciate dal legislatore, sono la conseguenza d'un vizio ap- " parente e reale, che ha impedito la formazione dell'atto " o del contratto „ accenna agli atti o contratti inesistenti giuridicamente, ch' egli però non distingueva dagli altri solamente *nulli* od *annullabili*.

Non vogliamo tuttavia lasciar di avvertire come questa distinzione di nullità *di pien diritto* e *nullità per via di azione*, che ci è sembrata inaccettabile nel senso e nel modo in cui fu proposta, abbia qualche punto di contatto coll'altra distinzione, che abbiamo ritenuto doversi fare, tra le *nullità* stabilite per diretta dichiarazione della legge, e le *annullabilità*, che hanno luogo quando la legge si limita ad aprire in favore di determinate persone un'azione di nullità, che dipende da loro il promuovere o no, secondochè reputino di loro interesse (1).

A queste ultime potrebbe infatti convenire la denominazione di *nullità per via di azione*. Però non potrebbe egualmente applicarsi alle altre la qualificazione di *nullità di pien diritto*, perchè non ve n'è infatti nessuna in diritto civile, che abbia luogo per sola virtù d'una dichiarazione di legge, indipendentemente da pronunzia dell'autorità giudiziaria. Ad ogni modo poi non potrebbe mai ammettersi che vi fossero nullità, l'accogliere o respingere le quali dipendesse da meri apprezzamenti abbandonati alla coscienza dei giudici del merito: ed anche nei casi di annullabilità d'atti o contratti, ammesse dalla legge per vizi di consenso, per incapacità civile personale, o per lesione, dipende bensì dalla volontà delle parti, a cui sono concesse le azioni di queste nullità relative, l'esercitarle, o no; ma non può dipendere mai dall'arbitrio dell'autorità giudicante l'accoglierle o respingerle. Il pronunziato dei giudici è sovrano in ordine all'apprezzamento dei fatti, che secondo la legge

---

(1) V. sopra, n. 97, p. 539-541.

danno luogo all'azione di nullità o di rescissione; ma accertati i fatti, la pronunzia intorno alla nullità degli atti non può che seguire in conformità della legge stessa, alla quale sola spetta lo statuire la nullità, ed ai giudici l'applicarla; il che se non facessero, la sentenza sarebbe per violazione di legge soggetta a cassazione.

110. Molte cose abbiamo avuto occasione di dire intorno alle cause da cui può derivare la nullità degli atti; sia confrontando questa colla inesistenza giuridica d'atti apparenti, sia dimostrando le diverse distinzioni fatte dalla dottrina tra le varie specie di nullità. Reputiamo nondimeno che possa essere di qualche utilità il riassumere le principali norme che riguardano le dette cause di nullità, ponendo in rilievo quei principii fondamentali, che debbono servire di guida per le applicazioni pratiche in una materia quant'altra mai difficile ed importante. Ci atterremo a ciò che concerne le nullità vere e proprie, evitando di ripetere quanto già abbiam detto intorno alla inesistenza giuridica degli atti; ma i punti di contatto tra questa e quelle non ci permetteranno di prescinder sempre da qualche riflessione di confronto.

Le nullità dipendono o dalla mancanza di condizioni intrinseche richieste per la validità di un atto, o da inadempimento di condizioni estrinseche, di forma, che la legge prescrive per tale validità. Quindi due ordini distinti di cause di nullità, delle quali ci occuperemo separatamente nei numeri seguenti. Frattanto ci proponiamo di richiamare quei principii fondamentali, che sono comuni tanto alle une, quanto alle altre.

Ogni causa di nullità consiste sempre nella trasgressione d'una disposizione di legge, a sanzione della quale è stabilita la inefficacia dell'atto o della convenzione che vi contravvenga. La nullità non è però, come ripetutamente osservammo, sanzione necessaria d'ogni disposizione di legge o precettiva, o proibitiva che sia. Altre sanzioni, consistenti

in pene propriamente tali, o in quelle che si dicono *pene civili*, possono essere talvolta ritenute sufficienti; e in ogni caso nessuna legge manca mai veramente di sanzione, poichè gli interessati hanno sempre il diritto di opporsi a qualunque atto che fosse per arrecarne violazione, e di esigere risarcimento del danno che fosse derivato da tale violazione compiuta. La nullità degli atti è un mezzo estremo, a cui spetta solo al legislatore di ricorrere in quei casi nei quali lo riconosca necessario per assicurare l'osservanza delle proprie disposizioni.

Da ciò deriva la massima, che i giudici non abbiano mai la facoltà di sostituire l'autorità propria a quella del legislatore, pronunciando una nullità ch'esso non abbia statuita (1). Le cause di nullità non possono essere create dall'autorità giudiziaria: essa può solo e deve riconoscerle e pronunciarle quando le abbia volute il legislatore. D'altro lato però non è indispensabile che il legislatore abbia dichiarato la nullità con questa precisa parola; può essersi servito di termini equivalenti, col medesimo effetto; come quando abbia detto che l'atto o il contratto *non è valido* (art. 1070, 1309 cod. civ.), o che *per la validità* di esso richiedonsi determinate condizioni o formalità (art. 1387 codice civ.). Altre volte è dichiarato nel testo della legge che una obbligazione *non può avere alcun effetto* (art. 1119 codice civile) o che *non produce alcun effetto* (articolo 1795 codice civile), o che *non vi è contratto* (art. 1452 cod. civ.), ma allora — come lo indicano queste stesse espressioni — trattasi veramente d'*inesistenza giuridica*, non di semplice nullità di atti: e lo stesso avviene in qualche caso, in cui pure la legge adopera semplicemente la parola *nullità*, per quella imperfezione di linguaggio che tante volte abbiamo notata in questa materia (art. 1454, 1461 cod. civ.).

Quand'anche vengano usati dal legislatore termini equivalenti a quelli di *nullità*, essa non è meno per ciò *testuale*.

---

(1) V. sopra, n. 95, p. 516, ss.

Ma non è necessario che tale sia, perchè i giudici possano e debbano pronunciarla. La volontà del legislatore può essere manifestata anche senza una dichiarazione formale; e basta ch'essa risulti in modo non dubbio, perchè sia rimossa ogni idea di arbitrio da parte del magistrato, e perchè anzi egli debba dichiarare nullo l'atto; e la sentenza che decidesse altrimenti andrebbe soggetta a censura. È su questo principio che si fonda la distinzione della nullità *virtuale* dalla *testuale* (1). Intorno alla quale già notammo le gravi difficoltà che possono presentarsi in pratica per decidere se si verifichi, o no, una nullità virtuale; e dimostrammo alcune regole fondamentali da seguirsi per risolvere tali difficoltà. Esse regole sono: che il giudice non può mettersi in posto del legislatore, apprezzando le ragioni che consiglino di annullare o mantenere l'atto contrario alla legge, valutando l'entità del danno prodotto dalla violazione di essa, e paragonandolo con quello derivabile dall'annullamento dell'atto, per decidere poi, scegliendo tra i due mali il minore; ma solo può e deve indagare lo spirito della legge, e pronunciare la nullità se risulti che il legislatore l'abbia voluta, sebbene non l'abbia espressa; che quando la legge trasgredita sia *d'ordine pubblico*, è da ritenersi generalmente la nullità dell'atto che vi contravvenga; quando invece la legge sia d'interesse privato, la nullità non è da ammettersi, se non in que' casi in cui lo scopo propostosi dal legislatore non sarebbe conseguibile, se non coll'adempimento di quelle condizioni e formalità, che nell'atto impugnato non siano state osservate; che in ogni caso di dubbio intorno alla volontà del legislatore, la domanda di annullamento dell'atto dev'essere respinta. Non ritorneremo sulla dimostrazione di queste massime, di cui ci occupammo nel luogo sopra ricordato; e le reputiamo sufficienti come norme direttive nei giudizi, tenuto fermo il concetto fondamentale, che quando il giudice è chiamato

---

(1) V. sopra, n. 106, p. 707.

a pronunciarsi intorno ad una nullità *virtuale*, non potendo egli dedurla da altro che dalla volontà tacita del legislatore, l'ufficio suo si limita ad indagare lo spirito della legge, esaminandone le disposizioni che si riferiscono all'atto di cui viene opposta la nullità, ed a quelle applicando le regole comuni d'interpretazione.

Molte altre e minute regole furono suggerite; ma parlando anche solo delle principali, sembrano inesatte, o riferibili all' assoluta inesistenza giuridica, anzichè alla semplice nullità degli atti.

Così fu sostenuto che quando le disposizioni legislative regolatrici di determinati atti siano espresse in forma *proibitiva*, dicendo che un tale atto *non possa farsi*, se non colle condizioni e formalità prescritte, ciò basti per doverne indurre la volontà tacita del legislatore di ritenere nullo l'atto mancante di quelle condizioni e formalità (1). Di questa teoria, che non ebbe seguaci prima che venisse riproposta da un recente scrittore (2), parlammo già in altro luogo; e pure ammettendo che la formola materialmente proibitiva d'una disposizione possa avere qualche valore tra gli argomenti induttivi della intenzione del legislatore di ritenere nullo l'atto non conforme alla disposizione stessa, ci parve però che non potesse essere per sè solo decisiva come si vorrebbe (3). Rimandiamo, pel resto, all'ampia confutazione che della teoria del Merlin ha fatta il Solon (4).

Quest' ultimo autore ha poi voluto dimostrare un'altra regola, da lui ritenuta fondamentale, e sarebbe questa: che tutte le disposizioni, siano poi imperative o proibitive, le quali consacrino un *diritto naturale*, ed abbiano per oggetto di regolarne l'esercizio e la conservazione, debbano essere osservate *a pena di nullità;* quelle invece che siano *varia-*

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Nullité*, § II.
(2) V. Laurent, t. I, n. 65, 66.
(3) V. sopra, n. II, p. 49-52.
(4) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 307-325.

bili ed arbitrarie non diano luogo a nullità degli atti ad esse contrari, se non quando il legislatore ne abbia manifestata in modo certo la volontà; e citava ad esempi di disposizioni aventi il primo carattere quelle che hanno per iscopo di assicurare il diritto di legittima difesa nei giudizi, quelle che riguardano i rapporti di famiglia, quelle che vietano atti recanti indiretta rinuncia alla propria libertà personale (1). Ma ci sembra chiaro, per questi esempi stessi, che le disposizioni considerate dal lodato autore erano nella categoria di quelle *d'ordine pubblico*, e perciò appunto sarebbe da ritenersi, secondo un principio fondamentale già sopra cennato, che dovessero riguardarsi come nulli gli atti in cui tali disposizioni venissero violate, mentre il sostituirvi la distinzione dei casi in cui la legge non faccia che consacrare e regolare un diritto naturale, e degli altri nei quali invece stabilisca e regoli diritti che siano una creazione del diritto positivo, diverrebbe un criterio meno sicuro, e che potrebbe dar luogo a maggiori dispute nelle applicazioni pratiche.

Un'altra regola, insegnata dal medesimo autore, è che *ogni precetto o proibizione, che il legislatore abbia fatto sotto la minaccia d'una pena diversa da quella di nullità, debba presumersi non autorizzante l'annullazione degli atti fatti in contravvenzione alla legge*; presunzione, per altro — dice l'autore — *non così generale, nè così assoluta da non doversi apportare qualche eccezione, sopratutto quando il precetto o la proibizione si attengano alla sostanza dell'atto o della convenzione a cui si riferiscono* (2).

Qualche cosa abbiamo detto altra volta intorno alla questione se debbansi escludere dai casi in cui può ritenersi una nullità *virtuale* quelli nei quali il legislatore abbia provveduto con altri mezzi alla sanzione delle proprie disposizioni. E ci parve affatto infondata quella

(1) V. Solon, o. c., n. 336-341.
(2) V. Solon, o. c., n. 351.

esclusione, essendo conciliabilissimo che il legislatore abbia voluta la nullità dell'atto contrario alle sue disposizioni, e nondimeno abbia aggiunte eziandio altre pene da applicarsi a coloro che siano autori dell'atto, o lo abbiano ricevuto come ufficiali pubblici, ciò che dimostrammo con alcuni esempi tratti da espresse disposizioni del codice (1). Ciò concorda coll'opinione del Solon, per quanto riguarda il non ammettersi come *massima assoluta*, che non possa arrecar mai nullità la contravvenzione ad una disposizione di legge sancita dal legislatore con altra pena. Se non che non sembra neppure che la validità dell'atto in tal caso sia da ritenersi come regola, come *presunzione*, per la sola circostanza d'essere stabilita per la contravvenzione alla legge una pena diversa, salvo il potersi a quella regola fare eccezioni più o meno numerose. L'avere il legislatore determinata espressamente una sanzione diversa, per assicurare la osservanza della propria disposizione, tacendo se l'atto ad essa contrario sia da riputarsi valido o nullo, può essere un argomento che concorra a determinare l'interpretazione della legge nel senso della validità dell'atto; ma non può dirsi che quella sola circostanza basti ad accertare in via di regola, e come *per presunzione*, che l'atto debba reputarsi valido; mentre dagli altri mezzi d'interpretazione, dalla connessione tra le diverse parti della disposizione, dal confronto con altre, dall'esame dei motivi della legge potrebbe risultare che essa avesse voluto per sanzione, oltre ad una speciale penalità, la nullità dell'atto. Sono dunque anche in questo caso tutti i mezzi ordinari d'interpretazione, secondo le regole comuni, che debbono dai giudici essere posti in pratica per determinare quale sia stata veramente la volontà del legislatore; e l'avere esso statuita una pena speciale per la contravvenzione alla sua disposizione, non può essere che uno di quei mezzi d'interpretazione logica.

Il Solon, in una lunga serie di numeri del suo importan-

---

(1) V. sopra, n. 95, p. 521, 522.

tissimo trattato, si occupò di dimostrare che “ tutte le in-
“ giunzioni, proibizioni, formalità o condizioni, che si atten-
“ gano alla sostanza d'un atto o d'una convenzione, siano
“ da ritenersi fatte o prescritte a pena di nullità, sebbene
“ il legislatore non abbia formalmente pronunciata una
“ tale pena....., mentre, al contrario, se l'ingiunzione, la
“ proibizione, la formalità o la condizione non siano di loro
“ natura che *accidentali*, la loro inosservanza non è causa
“ di nullità, se non in quanto il legislatore siasi pronun-
“ ciato a tale riguardo „ (1).

E non può essere dubbio il buon fondamento del motivo addottone dall'autore, che “ la ragione e il diritto
“ non permettono di supporre che il legislatore abbia vo-
“ luto render valido un atto *viziato nella sua essenza, e che*
“ *per ciò stesso non poteva soddisfare al suo oggetto* „. Se non che in tal caso l'atto *viziato nella sua essenza*, ed inetto quindi a ciò che ne forma oggetto, non è solamente nullo od annullabile, ma è da considerarsi assolutamente *come non avvenuto*, secondo quella distinzione tra inesistenza giuridica e semplice nullità, che il Solon pure aveva intraveduta, della quale in molti luoghi aveva accennata la base, ma che ancora non era stata chiaramente formulata. Nell'art. 56 del cod. di proc. civ. leggesi veramente una disposizione, che altra volta citammo, la quale potrebbe far credere che il legislatore avesse adottato un concetto diverso; perchè dopo avere stabilita la massima che non possa pronunciarsi alcuna nullità, *se non sia dichiarata dalla legge*, soggiunge nel secondo paragrafo: “ Possono tuttavia an-
“ nullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza „. Dal che potrebbesi argomentare che il legislatore avesse considerata la mancanza di elementi essenziali in un atto come causa di semplice nullità, non d'inesistenza giuridica di esso. Ma non si deve dimenticare che quella disposizione riguarda atti di procedura, e

(1) V. Solon, o. c., n. 352-365.

per *elementi che ne costituiscono l'essenza* devonsi intendere quei requisiti e quelle forme, senza l'adempimento di cui non si conseguirebbe lo scopo al quale gli atti medesimi sono diretti, e pel quale sono regolati (1). Ond'è naturale che in difetto di tali elementi l'atto processuale, quando anche non possa dirsi tale da doversi considerare assolutamente come non avvenuto, sia però da reputarsi annullabile, non essendo da supporsi che il legislatore, mentre prescriveva un requisito od una formalità come indispensabile pel conseguimento dello scopo dell'atto, abbia nondimeno voluto ritenere questo come valido, non ostante la mancanza di quel requisito o di quella formalità. A conforto della quale interpretazione sta eziandio il riflesso, che il ricordato articolo di procedura neppure dichiara assolutamente la nullità di questi atti mancanti degli elementi che ne costituiscono l'essenza, ma lascia in facoltà dei giudici il pronunziare o no la nullità, secondo le circostanze apprezzabili a loro prudente criterio, secondochè, per esempio, risulti che da tali difetti dell'atto siano derivati, o no, danni effettivi agli interessi dell'altra parte contendente, o che lo scopo, per cui le forme od i requisiti mancanti erano prescritti, sia stato conseguito con altri mezzi. Ora questo poteva ammettersi trattandosi di requisiti o forme la cui mancanza producesse soltanto un vizio, una imperfezione dell'atto. Ma potrebbesi ammettere ugualmente nel caso che non concorressero gli elementi indispensabili per la formazione stessa di esso? Non sarebbe allora un assurdo evidente il dire che i giudici *potranno annullare* quest'atto, che non può dirsi esistente?

In altre due regole, proposte dal medesimo autore, ci sembra che si riscontri lo stesso difetto, di confondere la semplice nullità coll'inesistenza giuridica degli atti. Egli dice che " quando il legislatore nega a qualcuno una qua-" lità per agire, per esercitare un diritto, tutti gli atti

---

(1) V. sopra, n. 106, p. 706.

" che questo individuo abbia fatti per l'esercizio di tale di-
" ritto sono nulli, abbenchè il legislatore non abbia formal-
" mente pronunciata la nullità ". Soggiunge poi che " le
" condizioni richieste dalla legge come necessarie per lo
" acquisto o la conservazione d'un diritto debbono essere
" osservate sotto pena di nullità, quali che siano state le
" espressioni adoperate dal legislatore " (1).

Ora, se un atto sia stato compiuto, per esercitare in proprio nome un diritto, da chi non aveva per legge alcuna qualità per agire, o per esercitarlo in nome altrui da chi non aveva qualità legale per rappresentare l'interessato, ci sembra evidente che l'atto sarà *da riguardarsi come non avvenuto*, non già solo *da potersi annullare*. L'autore cita l'esempio di una opposizione a matrimonio fatta da chi non aveva, secondo la legge, qualità per proporla. Ebbene, siccome non sono ammesse tali opposizioni se non quando siano presentate da determinatè persone che la legge designa, è chiaro che *non vi è opposizione* nel senso della legge quando chi la propone non ha qualità.

Parimente se la legge prescrive date condizioni o formalità per l'acquisto o la conservazione di un diritto, e quelle condizioni o formalità non sono adempite, è chiaro che l'acquisto o la conservazione del diritto subordinato a tale condizione non può verificarsi, e perciò l'atto, che si faccia nella supposizione che quel diritto sussista, è anche esso *come non avvenuto*.

111. Seguendo la divisione proposta in principio del numero precedente, esporremo ora qualche notizia generale intorno alle cause di nullità dipendenti dalla mancanza di requisiti intrinseci prescritti dalla legge per la validità degli atti, riservando al numero successivo alcuni accenni concernenti le nullità che derivano da difetto delle forme esteriori stabilite dalla legge parimente per la validità degli atti.

---

(1) V. Solon, o. c., n. 348, 349.

Già ricordammo i requisiti che l'articolo 1104 del codice civile dichiara *essenziali per la validità dei contratti*, ed osservammo come alcuni di essi siano indispensabili per l'esistenza stessa delle convenzioni; le quali perciò, in mancanza di tali requisiti, debbono considerarsi *come non avvenute;* e questi sono *un oggetto determinato, che possa essere materia di convenzione, ed una causa lecita per obbligarsi*, mentre il difetto di altri di quei requisiti può dar luogo ora all'*inesistenza giuridica*, ora alla semplice *annullabilità* del contratto. Ciò abbiamo visto verificarsi pel *consenso dei contraenti*, il quale se manchi assolutamente, il contratto *non può esistere*, se invece il consenso sia stato prestato, ma viziato per errore, violenza o dolo, il contratto è semplicemente *annullabile* ad istanza di quella delle parti il cui consentimento sia stato imperfetto. Similmente vedemmo accadere della *incapacità delle parti a contrattare;* chè se si tratti *d'incapacità naturale a consentire*, *non vi è contratto*, se invece si tratti d'*incapacità civile a contrattare*, esiste in diritto una convenzione, ma impugnabile mediante azione di nullità da quella delle parti che all'atto di firmare il contratto si è trovata in istato d'incapacità.

Questo, che dicemmo pei contratti, è applicabile similmente agli atti unilaterali, che abbiano a produrre obbligazioni e diritti; essendo per essi pure indispensabile la manifestazione valida della volontà di contrarre obbligazione, la capacità di assumerla, un oggetto determinato che possa essere materia della obbligazione stessa, una causa lecita per obbligarsi. Ed anche qui la mancanza di questi ultimi due requisiti produrrebbe sempre l'*inesistenza giuridica* di un atto produttivo d'obbligazione; mentre dalla mancanza dei due primi potrebbe derivare ora l'inesistenza giuridica, ora la semplice annullabilità, secondochè si trattasse di mancanza assoluta o di vizio della manifestazione di volontà, d'incapacità naturale, o di sola incapacità civile.

A proposito di quest'ultima è opportuno il notare, che l'articolo 1106 del codice civile, nella enumerazione che fa

delle *persone incapaci di contrattare nei casi espressi dalla legge*, dopo avere accennato *i minori*, *gl'interdetti*, *gl'inabilitati*, *le donne maritate*, aggiunge ancora: " *e generalmente* " *tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti* „. Nella quale disposizione sono compresi i comuni, le provincie, le opere pie ed altri corpi morali legalmente riconosciuti, i quali per disposizioni di leggi speciali non possono fare certi contratti, assumere certe obbligazioni, se non collo adempimento di determinate formalità abilitanti. Ora queste limitazioni di capacità civile per tali persone giuridiche hanno pure per conseguenza la nullità dei contratti formati, delle obbligazioni assunte senza l'osservanza delle formalità prescritte; nullità, per altro, non assolute, ma relative alle sole persone giuridiche incapaci, conformemente alla massima scritta nell'articolo 1107; perchè, sebbene in questi casi le leggi trasgredite siano d'ordine pubblico, i motivi però per cui queste leggi sono dettate, e per cui la loro violazione rende nullo l'atto, risguardano esclusivamente l'interesse delle medesime persone incapaci, talchè sarebbe contrario allo scopo stesso di tali disposizioni l'ammettere l'altra parte a poter impugnare contro le dette persone giuridiche quegli atti o quei contratti.

Le cause di nullità, di cui ora parlammo, e che dipendono da vizi del consenso o da incapacità civile della parte, danno luogo a quelle alle quali reputammo potersi più convenientemente applicare la denominazione di *annullabilità*, perchè la legge si limita in tali casi ad aprire azioni di nullità in favore di determinate persone, alla cui facoltà è rimesso onninamente di esercitare o no le azioni medesime, e di mantenere quindi come valida la convenzione e farla eseguire, o al contrario farla annullare; il che serve a distinguere codesti casi dagli altri in cui la legge non si limita ad aprire un'azione per poter fare annullare un atto, ma ne dichiara essa stessa la nullità, come sanzione delle proprie disposizioni che con quell'atto vengano trasgredite, ancorchè poi la nullità stessa sia da considerarsi mera-

mente *relativa* a certe persone, in favor delle quali siano stabilite le disposizioni violate, e al cui interesse esclusivamente riguardi l'annullamento degli atti che a tali disposizioni contravvengono.

Negli articoli 1300 al 1311 del codice civile, dove si tratta delle *azioni di nullità o di rescissione*, è parlato promiscuamente tanto delle azioni di cui finora ci occupammo, e colle quali si può impugnare un contratto per vizi del consenso o per incapacità civile d'una delle parti contraenti, quanto dell'altra azione colla quale in certi casi e sotto certe condizioni speciali, che la legge espressamente determina, si può impugnare un atto od un contratto per *lesione*. È da ritenersi che azioni di nullità e azioni di rescissione siano considerate come la stessa cosa dalla nostra legge, e che come rescissione sia da qualificarsi pur quella che s'intenti contro le convenzioni viziate nel consenso, od a cui abbiano partecipato persone civilmente incapaci? O piuttosto la denominazione di azione di rescissione è da reputarsi riferibile a quella sola per lesione? E, in caso, quali sono le differenze di caratteri e di effetti che esistono tra le azioni di nullità e quelle di rescissione? Sono questioni controverse, e sulle quali ci proponiamo di parlare in uno dei numeri successivi.

Tra le cause di nullità degli atti, per inadempimento di requisiti intrinseci per essi prescritti, taluno annovera pure quella che dipenda da mancanza di potere da parte dell'ufficiale pubblico che abbia concorso all'atto, o dall'aver egli ecceduti i limiti della propria competenza o delle proprie attribuzioni (1). È chiaro infatti che la mancanza di potere in chi ha ricevuto l'atto in qualità di uffiziale pubblico vizia l'atto medesimo; poichè la fede pubblica, che esso dovrebbe avere, non gli è attribuita se non in quanto “ sia “ stato ricevuto colle richieste formalità da un notaio “ o da altro pubblico uffiziale autorizzato, nel luogo ove

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 165, ss.

“ è seguito, od attribuirgli la pubblica fede „ (art. 1315 codice civile). Ciò per altro riguarda l'*atto* nel senso del *documento*, del mezzo di prova da cui si fa risultare la convenzione o disposizione delle parti, non l'atto nel senso vero e proprio, di quella stessa convenzione o disposizione (*id quod actum est*). La nullità dipendente da questa causa farebbe dunque che non si potesse più considerare come risultante da atto pubblico la convenzione o disposizione delle parti; e qualora si fosse in uno dei casi in cui tale forma è richiesta ad essenza della convenzione medesima considerata come *solenne*, ne deriverebbe necessariamente l'ulteriore conseguenza che tale convenzione fosse a riguardarsi non solo come nulla, ma come inesistente giuridicamente, per mancanza della necessaria solennità, della forma essenziale. Ma se invece non si tratti di atto solenne, e le parti abbiano adottata la forma dell'atto pubblico al solo scopo della prova, la nullità di tale atto, sia pure per difetto di potere in chi l'abbia ricevuto quale uffiziale pubblico, o perchè abbia egli ecceduto la propria competenza, le proprie attribuzioni, non può avere altra conseguenza che la mancanza appunto di quello speciale mezzo di prova, senza impedire che possano esserne prodotti altri ammessi dalla legge, tra i quali, in mancanza di altro, il giuramento deferibile alla parte; rimanendo nella sua piena efficacia l'*atto* nel vero senso della parola, l'*id quod actum est*, la convenzione o disposizione delle parti. Ciò è tanto vero, che per espressa disposizione dell'articolo 1316 del codice civile “ l'atto che *per incompetenza od* “ *incapacità dell'uffiziale, o per difetto di forma, non ha forza* “ *di atto pubblico, vale come scrittura privata quando sia stato* “ *sottoscritto dalle parti* „.

Su questo argomento dovremo, del resto, ritornare nel numero seguente, parlando delle nullità derivanti da difetto di forme estrinseche.

112. Per ciò che riguarda le condizioni estrinseche,

di forma, notammo ripetutamente, ed anche nel numero precedente ricordammo la distinzione necessaria a farsi tra quelle che sono richieste *ad essenza* dell'atto, come indispensabili per dargli vita giuridica (*forme essenziali*) e in mancanza delle quali perciò esso deve considerarsi *come non avvenuto, come inesistente in diritto;* e le altre che sono prescritte soltanto come *condizioni di prova* (*forme accidentali*), la cui mancanza pertanto dà luogo a semplice *nullità*, ma non fa ostacolo alla efficacia giuridica della convenzione o disposizione contenuta nell'atto, qualora se ne possa somministrare la prova con altri mezzi.

Il Solon, che, come abbiamo osservato più volte, nel suo *Trattato delle nullità*, non aveva formulata in modo generale e preciso la distinzione tra l'*inesistenza giuridica* e la semplice *nullità* degli atti, ebbe per altro a rilevarla chiaramente in questa parte *della nullità degli atti nella loro forma*. Ecco le parole di lui:

" Gli atti, in generale, sono nulli per la forma allorchè
" sono deficienti d'una o più delle *formalità richieste per*
" *costituirli e dar loro l'essere;* di quelle delle quali si dice:
" *forma dat esse rei*. Gli atti, in cui siano state ommesse
" simili formalità, *sono come se non esistessero*, poichè non
" vi sono adempite le condizioni sotto cui soltanto la legge
" civile li ha ammessi.

" Non bisogna confondere questa specie di formalità
" colle altre, *che hanno per unico oggetto di rendere l'atto più*
" *sicuro e più autentico;* le quali sono conosciute nel diritto
" sotto la denominazione di *formalità accidentali* „ (1).

Gli atti o contratti, la cui efficacia, la cui stessa esistenza giuridica è subordinata all'osservanza di determinate formalità, si dicono *solenni;* e tali sono, in prima linea, le *donazioni* (art. 1056 codice civile) *e i contratti matrimoniali* (art. 1382 codice civile); i quali non possono farsi che *per atto pubblico*, e in mancanza di esso debbono riguardarsi

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 29.

come *inesistenti*, nonostante che nel testo siano qualificati semplicemente come *nulli* (1).

Vi sono altri casi, in cui la legge non prescrive la forma solenne esclusiva dell'atto pubblico, ma esige l'*atto pubblico o la scrittura privata*. Così nell'articolo 1314 del codice civile è stabilito " doversi fare per atto pubblico o per scrit- " tura privata, *sotto pena di nullità* „ una serie d'atti e contratti, tra cui principalmente quelli che in forza del disposto nell'art. 1932 vanno soggetti alla formalità della trascrizione. Nell'ultimo numero di detto articolo 1314 è poi fatto espresso generale richiamo agli *altri atti specialmente indicati dalla legge*, quali sono la surrogazione per convenzione col debitore (art. 1252, n. 2 cod. civ.), i *mutui*, in cui " l'in- " teresse convenzionale eccedente la misura legale, *deve* " *risultare da atto scritto, altrimenti non è dovuto alcun inte-* " *resse* „ (art. 1831, § ultimo cod. civ.); il contratto di *pegno*, nel quale *non ha luogo il privilegio*, se non quando vi sia *un atto pubblico o una scrittura privata* contenente determinate indicazioni speciali (art. 1880. 1881 codice civile); l'*ipoteca convenzionale, che deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata*, contenente pure certe speciali indicazioni (articoli 1978, 1979 codice civile).

Ora, in questi casi, gli atti o le convenzioni non risultanti da scrittura pubblica o privata, come la legge esigeva, saranno da reputarsi *inesistenti giuridicamente*, o soltanto *impugnabili per nullità?* Bisogna distinguere. Prima di tutto crediamo certo che nell'articolo 1314, per gli atti e le convenzioni ivi enumerate, l'atto pubblico o la scrittura privata si richieda *ad essenza*, non come semplice *condizione di prova*, talchè, sebbene in mancanza dell'atto scritto altri mezzi di prova fossero veramente possibili — se non altro il giuramento decisorio — pure questi mezzi di prova non sarebbero ammissibili, perchè non approderebbero mai a nulla, perchè constaterebbero, in ogni caso, l'esistenza di

---

(1) V. sopra, n. 100, p. 580.

fatto d'un atto o d'una convenzione, che però non potrebbe avere alcun effetto in diritto, mancando d'un elemento che la legge ha stabilito come essenziale per la stessa formazione giuridica di quell'atto o di quella convenzione, sebbene sia un elemento non intrinseco, ma di sola forma esteriore. La stessa confessione della parte non gioverebbe in questi casi a nulla, perchè la parte può benissimo riconoscere l'esistenza di fatto della convenzione, e negare tuttavia di sottomettersi ad effetti obbligatorii di essa, difendendosi coll'allegare l'inesistenza e la conseguente inefficacia giuridica della convenzione medesima.

È vero che nel testo dell'articolo 1314 è parlato soltanto di *pena di nullità*, dal che potrebbe sembrare che il legislatore non si fosse voluto spingere fino a richiedere *ad essenza* l'atto scritto, nei casi ivi contemplati. Ma nell'articolo 1056 furono pure dichiarate nulle le donazioni non fatte per atto pubblico; eppure nessuno mette in dubbio, nè potrebbe infatti contestarsi, l'assoluta *inesistenza giuridica* di quegli atti. Nell'articolo 1461 è detta pure *nulla* la vendita, se al tempo del contratto era intieramente perita la cosa venduta, mentre è indubitabile che in questo caso la vendita *non è esistente affatto* per mancanza di oggetto. Invece, in mancanza della *causa* d'obbligazione, questa, secondo l'art. 1119, *non può avere alcun effetto;* il che corrisponde esattamente all'idea dell'inesistenza giuridica. Non è dunque da fare fondamento, in questa materia, sul significato che secondo i principii teorici dovrebbero avere le parole usate dal legislatore, poichè egli non adottò un linguaggio confacente alla distinzione tra inesistenza giuridica e nullità degli atti.

È vero ancora che la disposizione dell'articolo 1314 ha una relazione evidente coll'altra dell'articolo 1932, dove sono annoverati gli atti che devono essere resi pubblici col mezzo della *trascrizione*, in mancanza della quale quegli atti *non hanno alcun effetto riguardo ai terzi, che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile* (art. 1942 codice civile). Donde potrebbe sorgere il

pensiero che solo per gli effetti contro i terzi si richiedesse, nei casi contemplati dall'articolo 1314, l'atto pubblico o la scrittura privata; ma fra le parti potessero ottenersi gli effetti dell'atto o della convenzione, con qualunque mezzo legale ne fosse somministrata la prova. Se non che codesto pensiero può essere, se non erriamo, rimosso dalle discussioni avvenute presso la commissione coordinatrice, dalle quali uscì questo nuovo articolo 1314, che venne aggiunto al progetto del codice, adottando però per base ciò che era stato proposto dalla Commissione del Senato. Questa, negli emendamenti che aveva apportati al progetto ministeriale, ritenuta la necessità dell'atto pubblico nelle sole donazioni e convenzioni matrimoniali, aveva richiesto l'*atto scritto* per le vendite e permute immobiliari, pel vitalizio e per la transazione. La Commissione coordinatrice approvò queste massime, ma deliberò che venisse formulato un nuovo articolo (e fu appunto il 1314 del codice vigente) " in cui vengano " determinate le convenzioni che debbono farsi per atto " pubblico o per scrittura privata, in relazione agli atti " che vanno soggetti alla formalità della trascrizione, ag- " giungendovi quelle altre convenzioni, per le quali la ne- " cessità della prova scritta fu specialmente introdotta nel " progetto in esame ".

Non negheremo che nel corso di quella discussione sia stato parlato anche nel senso di considerare la disposizione, che esigesse la scrittura pubblica o privata per certi atti, come semplice *condizione di prova* degli atti medesimi. In questo senso ne parlarono infatti specialmente il Pisanelli ed il Precerutti, che amendue combattevano contro la proposta della Commissione del Senato, sostenendo essere sufficiente lo escludere la prova testimoniale per gli oggetti il cui valore eccedesse le L. 500 (art. 1341 cod. civ.) senza vincolare le parti alla necessità dell' atto scritto per determinate convenzioni. Stando in quest'ordine d' idee era naturale esaminare la questione sotto il solo aspetto della *prova;* e così fecero quei due commissari. Ma ci sembra

meritevole di particolare attenzione ciò che fu detto dal senatore De Foresta, riferendo le idee sulle quali erano state fondate le proposte della Commissione Senatoria; proposte, che appunto in seguito a tali considerazioni vennero accolte dalla maggioranza dalla Commissione coordinatrice. Ecco dunque le parole del De Foresta, quali risultano dal processo verbale.

" La Commissione Senatoria fu unanime nel riconoscere " che quando si tratta di contratti concernenti le proprietà " stabili *debba richiedersi almeno la formalità della scrittura* " *privata; e sarebbe molto pericoloso di prescindere anche da* " *questa formalità*, perciocchè nelle vendite, permute o altri " atti risguardanti gl' immobili, *non basta che le parti siano* " *d'accordo sulla cosa e sul prezzo*, come accade nelle cose " mobili, ma, *onde il contratto sia perfetto*, è indispensabile " che convengano anche sulle precise indicazioni dello " stabile, sulle servitù attive e passive, sulla libertà o no " dei beni, sull'evizione, e su tanti altri oggetti, che *è im-* " *possibile che vengano ben precisati oralmente*, e riferiti con " esattezza dai testimoni, se accadano poi contestazioni... " Applicando a questi atti il sistema generale delle prove " testimoniali si andrebbe incontro ad un altro grave in- " conveniente, cioè, a quello di far ammettere questa prova " pericolosa in ciò appunto, che è il più importante e il " più delicato, cioè *se vi sia stato contratto perfetto*, anche " quando questo abbia per oggetto un valore di più centi- " naia di mille lire..... „

Il Presidente Cassinis dichiarò poi:

" Che, quanto a lui, ravvisando *essere di sommo interesse* " *pubblico lo assicurare la maggior esattezza e stabilità delle* " *proprietà immobiliari, e il circondarle perciò di quelle gua-* " *rentigie che somministra l'atto pubblico*, egli vorrebbe che " la proprietà e i diritti reali sopra beni immobili *non po-* " *tessero trasferirsi che con un atto pubblico;*

" Che però, ben sapendo come queste esigenze dell'atto " pubblico riescano generalmente meno accette, e arrida

“ invece generalmente l'idea di lasciar libera ad ognuno,
“ entro certi discreti confini, la tutela dei propri interessi,
“ egli accetta il progetto della Commissione Senatoria;
“ *Che non potrebbe mai consentire alla proposta di emancipare la traslazione delle proprietà immobiliari da ogni qualsiasi scritto* „ (1).

Non è certamente, in generale, da attribuirsi una importanza decisiva alle opinioni individuali manifestate da alcuni di coloro che concorsero alla formazione di una legge, ancorchè questa sia stata adottata nel senso a cui conchiudevano quegli opinanti; la maggioranza potendo essersi determinata per ragioni differenti. Ma qui trattasi delle considerazioni addotte come fondamento essenziale d'una massima direttiva, che volevasi far accogliere, e in seguito alle quali essa infatti venne approvata ed esplicata in un nuovo articolo aggiuntivo, per voto della maggioranza della Commissione coordinatrice. Laonde ci sembra non potersi attingere da fonte più sicura il vero intendimento del nostro articolo 1314. Come risulta da ciò che abbiamo riferito, coloro che sostennero e fecero approvare la proposta di quella disposizione, non riguardavano *l'atto scritto* — che volevano si rendesse necessario per ogni atto traslativo di proprietà o di diritti reali immobiliari — sotto l'aspetto d'una semplice *condizione di prova*, ma sotto l'altro ben più importante dell' interesse pubblico, che esigeva “ di assicurare la maggior esattezza e stabilità delle pro-
“ prietà immobiliari, e di circondarle perciò di quelle gua-
“ rentigie che somministra l'atto scritto „. Notavano che lo scritto era indispensabile per accertare — in materia importante qual'è la proprietà immobiliare — *che vi fosse stato contratto perfetto;* che non sarebbesi potuto, senza gravi pericoli e danni, *emancipare la traslazione delle proprietà immobiliari da ogni qualsiasi scritto;* che quindi, “ nei contratti concernenti le proprietà stabili *dovea ri-*

(1) V. *Proc. verb.*, n. 34, § 11, p. 397-401.

“ *chiedersi almeno la formalità della scrittura privata* „. Se pertanto questa formalità fu richiesta *per accertare la perfetta formazione del contratto, per preservare da pericolose incertezze la proprietà immobiliare*, se a tali fini non si volle permettere che *la traslazione della proprietà o d'altri diritti reali sovra beni immobili potesse avvenire indipendentemente da qualsiasi scritto*; potrà forse essere ancora disputabile se non avessero miglior fondamento le obbiezioni degli oppositori — i quali dicevano essere abbastanza guarentito l'interesse dei terzi mediante la trascrizione obbligatoria, essere abbastanza guarentito l'interesse delle parti mediante la esclusione delle prove per testimoni e per presunzioni, qualora si trattasse di valore superiore a 500 lire; non esservi ragione sufficiente per una maggiore restrizione alla libertà delle parti — ma ci sembra incontestabile che l'intenzione degli autori di questa disposizione non fu solo di *regolare la prova* relativamente agli atti in tale disposizione contemplati, ma di prescrivere una formalità essenziale affinchè il contratto si formasse giuridicamente, affinchè producesse quegli effetti che sono della natura sua; una formalità, insomma, non costituente una semplice *condizione di prova*, ma una *condizione di esistenza giuridica* della convenzione o dell'atto.

Per identiche, se non per maggiori ragioni, reputiamo doversi dire altrettanto circa l'ipoteca convenzionale, che secondo l'articolo 1978 *deve costituirsi per atto pubblico o per scrittura privata*. Diciamo che in questo caso potrebbero esservi forse anche maggiori ragioni per giungere alla medesima conclusione; inquantochè, secondo il codice francese, ed altri anteriori all'attuale codice civile del regno, le ipoteche convenzionali non potevano stabilirsi che *per atto pubblico* (art. 2127 cod. Franc. — 2013 cod. D. S. — 2187 cod. Alb. — 2181 cod. Parm. — 2181 cod. Est.), mentre gli autori del codice nostro stimarono opportuno di ammettere “ anche la scrittura privata, *non si potendo richie-* “ *dere di più di quanto venga richiesto alla traslazione della*

" *proprietà degl'immobili* " (1). Prescindendo in parte dalla solennità, che per gli atti costitutivi d'ipoteca convenzionale era stabilita dalle legislazioni anteriori, e parificando tali atti, per le forme estrinseche, a quelli traslativi di proprietà immobiliare, non potè certo essere intenzione del legislatore nostro di esigere meno ancora, e la forma dell'atto scritto cangiare in una semplice condizione *di prova*, mentre negli atti traslativi di proprietà immobiliare è considerata *di essenza*.

Il successivo articolo 1979 prescrive alcune indicazioni necessarie a farsi nell'atto pubblico o privato costitutivo dell'ipoteca, allo scopo d'identificare l'immobile che n'è gravato; le quali indicazioni devono poi essere ripetute nella nota d'iscrizione dell'ipoteca (art. 1987, n. 7, codice civile). È questa una formalità richiesta *nell' interesse dei terzi*, e senza l'adempimento della quale l'ipoteca non potrebbe quindi essere attivata contro di loro. Ma per ciò stesso non può dirsi che l'inosservanza di tale disposizione abbia a produrre la nullità, e tanto meno l'inesistenza dell'atto costitutivo d'ipoteca. Esso avrebbe effetto *tra le parti contraenti*, e potrebbe dar luogo a costringere in giudizio, occorrendo, il costituente a prestarsi ad un nuovo atto contenente le indicazioni necessarie, tenendone luogo, qualora non vi si prestasse, la sentenza medesima di condanna.

L'articolo 1252, n. 2, regolando la *surrogazione per convenzione col debitore*, prescrive alcune formalità da osservarsi nell'atto con cui il debitore stesso prende a prestito denaro, al fine di pagare il proprio debito, e surrogare il mutuante nelle ragioni del creditore. Quelle formalità sono esse pure prescritte *nell'interesse dei terzi*; e se non siano adempite, ne deriva quindi l'inefficacia dell'atto rimpetto ai terzi medesimi, ma non potrebbe dirsi che fosse inesistente, e neppure nullo nel senso vero e proprio, l'atto con cui il debitore avesse contratto il prestito.

---

(1) V. *Relazione* VACCA, p. 57.

Nell'articolo 1831, stabilita la libertà dell'interesse convenzionale nei mutui, si prescrisse però che " nelle materie " civili, l'interesse convenzionale, eccedente la misura le- " gale, deve risultare da atto scritto; *altrimenti non è dovuto* " *alcun interesse* ". Se dunque sia stato contratto un mutuo ad interesse, pattuendo questo in misura superiore alla legale, senza farne risultare da atto scritto, e ciò sia provato, il contratto si trasmuta in mutuo semplice. È la sola sanzione della contravvenzione alla legge, che esigeva l'atto scritto; nè invero è sanzione lieve, mentre secondo i principii generali sarebbesi dovuto far luogo soltanto a limitare l'interesse alla misura legale. Ma sarebbe impossibile pensare ad una inesistenza o nullità del contratto di mutuo per questa causa.

Dagli articoli 1880 e 1881 è ordinato che il pegno debba risultare da atto pubblico o da scrittura privata contenente dichiarazioni speciali, affinchè possa produrre l'effetto del *privilegio*. Ma evidentemente neppure in questo caso si può parlare d'inesistenza giuridica, e nemmeno di nullità vera e propria del contratto di pegno, mentre esso produce nondimeno effetto nei rapporti tra creditore e debitore, e solo non è opponibile agli altri creditori, per esercitare contro di loro il diritto di prelazione. In questo, come negli altri casi precedentemente accennati, l'inosservanza delle disposizioni della legge produce conseguenze speciali a danno di chi l'ha trasgredita, senzachè però si verifichi inesistenza nè nullità vera e propria dell'atto o del contratto, in cui tali trasgressioni si siano verificate.

Nei casi in cui la legge prescriva in un dato atto certe formalità, le quali siano rimaste inadempite, ma la legge stessa non pronunci testualmente la nullità, potrà tuttavia derivare da quell'inadempimento la nullità virtuale, qualora — secondo la regola generale già dimostrata — l'osservanza delle forme prescritte sia riconosciuta indispensabile pel conseguimento completo dello scopo propostosi

dal legislatore (1). Ma, come già fu avvertito in fine del numero precedente, bisogna guardarsi dal confondere la nullità dell'atto, come documento, come mezzo di prova, e la nullità dell'*atto* nel senso vero e proprio, di ciò che le parti hanno convenuto o disposto. Può darsi che l'atto, con cui siasi celebrata una convenzione, per la quale la legge non richiedesse a pena di nullità la prova per iscritto, si trovi nullo per vizi di forma; e tuttavia la convenzione produca i suoi effetti, se con altri mezzi ammessi dalla legge ne venga somministrata la prova.

113. Il codice francese ed alcuni di quelli che si formarono sul tipo di esso, lasciarono luogo ad un dubbio, nella risoluzione del quale le opinioni degli interpreti erano discordi; al dubbio, cioè, se fosse ancora da osservarsi l'antica distinzione fra le *azioni di nullità* e quelle di *rescissione*, non ostante che in quei codici fosse di esse tutte trattato in una stessa sezione intitolata *delle azioni di nullità o di rescissione delle convenzioni*, e le parole *nullità*, *rescissione*, si trovassero in alcune disposizioni impiegate come sinonimi relativamente ad una medesima azione, e tutte poi fossero assoggettate ad identiche regole, sia quanto alle forme per proporle, alla loro durata ed al loro risultato, sia quanto alle eccezioni con cui potessero essere rimosse. Anche nel codice italiano gli articoli 1300 e seguenti, che trattano *delle azioni di nullità e di rescissione*, non tracciano così chiaramente una distinzione tra le une e le altre, che non sia lecito tuttavia dubitare se il legislatore abbia inteso di confonderle in un solo concetto, ed escludere qualunque reale differenza tra esse.

L'importanza della questione è, se vuolsi, teorica più assai che pratica; ma in diritto non manca mai d'interesse il determinare con precisione il significato che debbasi attribuire alle parole usate dal legislatore, nè può reputarsi

(1) V. sopra, n. 106, p. 713.

indifferente il sapere a quali azioni abbia egli inteso specialmente di riferirsi allorchè in qualche sua disposizione accenni a quelle di nullità od a quelle di rescissione.

Dai giureconsulti romani non furono confuse mai queste specie. Secondo il rigore del diritto civile, le obbligazioni erano nulle se non erano conformi ai principii di esso, ma pienamente ed irrevocabilmente valide, se conformi a tali principii. Il diritto pretorio introdusse il rimedio della *restituzione in intero* in favore di coloro che quantunque obbligati secondo il rigore del diritto civile, non avrebbero potuto essere condannati senza offendere l'equità naturale; e giovandosi di tale rimedio essi ottenevano d'essere rimessi nel medesimo stato com'erano prima dell'atto da cui erano lesi, il quale atto veniva quindi *rescisso*, e si considerava come non avvenuto. Chi chiedeva la *restituzione in intero* doveva provare d'aver sofferta una *lesione* di qualche rilievo, doveva dimostrare inoltre una giusta *causa* della rescissione domandata, e tra le altre giuste cause annoveravansi specialmente i vizi del consenso — cioè la *violenza*, il *dolo*, l'*errore* — e la *minorità*.

“ Sæpe enim accidit, ut *licet ipsa persecutio*, qua actor
“ experitur, *justa sit; tamen iniqua sit adversus eum, cum*
“ *quo agitur*. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo in-
“ ductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti, quod
“ non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse,
“ et actio qua intenditur, dare te oportere, efficax est, sed
“ iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio,
“ quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita
“ ad impugnandam actionem „ (*Inst.*, L. IV, T. XIII, § 1).

Tanto però era lontano di potersi confondere colla nullità la rescissione ottenibile mediante il rimedio della *restituzione in intero*, che anzi questa non era ammissibile qualora si verificasse una vera nullità. La restituzione in intero era un *rimedio straordinario*, a cui non si poteva ricorrere, se non sussidiariamente, allorchè il puro *diritto civile* non lasciasse luogo all'annullamento dell'obbligazione.

" In causae cognitione, etiam hoc versabitur, num forte
" alia actio possit competere citra in integrum restitu-
" tionem. Nam *si communi auxilio, et mero jure munitus sit,*
" *non debet ei tribui extraordinarium auxilium* " (L. 16 in
princ., ff. *De minor.* XXV *an.*).

L'antico diritto francese mantenne pure la distinzione tra le azioni di nullità e quelle di rescissione, ma con un fondamento diverso. I mezzi di nullità non potevano derivarsi che da disposizioni di *consuetudini* o di *ordinanze;* e diverse erano le ragioni per le quali la legislazione positiva dichiarava così la nullità di certi atti. Talora era per la forma, che un mezzo di nullità rendevasi proponibile, come se un atto di donazione non fosse stato celebrato davanti notaio. Altre volte i mezzi di nullità contro gli atti traevansi dall'incapacità delle persone, per esempio della donna non autorizzata dal marito, del minore non emancipato, dell'interdetto. Ancora potevano essere mezzi di nullità i vizi inerenti alla convenzione stessa formante la sostanza dell'atto; come quando vi fossero clausole contrarie alle leggi, od all'ordine pubblico, od ai buoni costumi, quando si fosse patteggiato sulla successione d'una persona vivente, quando il debito avesse per causa il giuoco, quando il contratto fosse infetto d'usura. In simili casi la parte poteva sempre, senza essere soggetta a veruna condizione nè formalità, proporre in giudizio, fino alla pronunzia della sentenza definitiva non solo, ma anche in grado di appello, il mezzo di nullità che le competeva.

Ma quando l'atto non era *nullo di pien diritto* — come dicevasi — ossia quando non vi era alcun testo positivo di *ordinanze*, *editti*, lettere patenti o leggi municipali, che pronunciasse la nullità, e tuttavia la parte, che con quell'atto aveva contratta un'obbligazione, da un lato ne soffriva una *lesione*, e dall'altro aveva una *giusta causa* per farsi restituire contro l'obbligazione assunta, specialmente per violenza, dolo o errore, di cui fosse viziato il consenso da essa prestato, allora la parte medesima, o gli eredi, potevano

provvedersi chiedendo le *lettere di rescissione;* le quali erano ordini che venivano spediti dalle Cancellerie dei Parlamenti, in nome del Re, mandando ai giudici di restituire il postulante contro determinati atti, e di rimetterlo nel medesimo stato come se a questi non fosse devenuto, qualora egli dimostrasse d'aver giusto fondamento per tale restituzione.

La predetta distinzione poteva essere giustificata giuridicamente da qualche differenza insita alla natura stessa ed ai caratteri delle diverse azioni che contemplava? O fu solamente un mezzo adottato dai giuristi per sottrarre alla giurisdizione dei signori feudali le domande in nullità, sottomettendole invece ai giudici regii? O fu piuttosto ed unicamente un provvedimento fiscale? È una indagine nella quale non entreremo, perchè non interesserebbe per l'assunto nostro, a cui basta aver dimostrato quale fosse l'origine, e quale il senso della distinzione tra azioni di nullità e azioni di rescissione nell'antico diritto francese; il quale, del resto, stabiliva tra le une e le altre qualche differenza importante, specialmente quanto alla prescrizione, ch'era l'ordinaria di 30 anni per le azioni di nullità, mentre per quelle di rescissione si limitava generalmente a 10 anni. E questa differenza si mantenne anche dopo che colla legge del 7 settembre 1790 furono soppresse le Cancellerie, disponendo che le azioni di rescissione, come quelle di nullità, si portassero direttamente davanti ai Tribunali. Si erano con ciò parificati i modi per introdurre quelle azioni, senz'alterare nel resto la distinzione fra esse. Così rimasero le cose fino a quando fu decretato nel giorno 7, e promulgato nel 17 febbraio 1804, il titolo del codice riguardante *i contratti e le obbligazioni convenzionali, in genere.* Sorse allora il dubbio se la distinzione tra le azioni di nullità e quelle di rescissione dovesse intendersi abolita; perchè dalle disposizioni contenute in quel titolo sì le une che le altre azioni apparivano indifferentemente indicate ora colla qualificazione di *azioni di nullità*, ora coll'altra di *azioni di rescissione*, e tutte poi venivano assoggettate ad

identiche regole sia quanto allo scopo cui mirano, ed al risultato che debbono produrre, sia quanto al modo di intentarle, sia in fine quanto al tempo entro cui possono essere esercitate. La Sezione, infatti, che nel codice francese trattava di queste azioni, portava la rubrica " *del-" l'azione in nullità od in rescissione delle convenzioni* „ donde argomentavasi che il legislatore riguardasse come un'azione unica quella, che qualificava indifferentemente *di nullità o di rescissione*, assumendo queste parole come sinonimi. Nell'art. 1304 dichiaravasi parimente durare per 10 anni l'*azione in nullità o in rescissione* d'una convenzione; e nell'articolo 1338 parlavasi dell'atto di conferma o rettifica d'una obbligazione contro cui la legge ammette l'*azione in nullità o in rescissione*. Nell'art. 1117 stabilivasi la massima che " la convenzione contratta per errore, vio-" lenza o dolo, non è nulla *ipso jure;* essa dà luogo soltanto " ad *agire per la nullità o per la rescissione* „ quantunque nell'art. 887, trattando delle *divisioni*, la violenza ed il dolo vi fossero considerate come cause di *rescissione* delle divisioni stesse. Negli art. 1113, 1114 e 1115 l'errore, la violenza e il dolo erano dichiarate *cause di nullità del contratto.*

L'esame dei testi dava dunque ragione di scorgere nelle espressioni stesse di essi la manifestazione del pensiero avuto dal legislatore, di sopprimere qualsiasi differenza reale tra le azioni di nullità e di rescissione; e se tuttavia eransi conservate le due denominazioni, sebbene riguardate come sinonime, ciò appariva come una semplice reminiscenza storica, anzichè quale proposito di mantenere due specie distinte di azioni. D'altronde, quale motivo avrebbe mai potuto giustificare quest'ultimo concetto? La base dell'antica distinzione stava nella differenza dell'origine, da cui procedevano nel diritto romano e nel diritto consuetudinario francese le azioni di nullità da una parte, e quelle di rescissione dall'altra; ma questa base era venuta a mancare dopo che per l'attivazione d'un codice unico, tutte le azioni derivano dalla medesima sorgente, da

un'autorità comune. Altra base razionale giuridica non potevasi trovare per quella distinzione; giacchè le azioni tutte, nelle quali si offre alle parti il mezzo per far annientare convenzioni non dichiarate nulle per diretta disposizione della legge, dipendono ugualmente da vizi intrinseci inerenti alle convenzioni medesime, e l'essere diversi questi vizi non può costituire una differenza caratteristica nell'indole delle azioni corrispondenti. Vizi intrinseci della convenzione sono l'errore, la violenza e il dolo, che rendono imperfetto naturalmente il consenso; come vizio intrinseco è quello dipendente da incapacità civile della parte, il cui consenso è quindi imperfetto giuridicamente; come vizio intrinseco è la *lesione*, la quale opponendosi a quella giusta eguaglianza nei rapporti tra le parti, che deve essere base del contratto, dà luogo a presumere similmente che il consenso di quella che fu lesa sia stato viziato. Per queste imperfezioni del contratto, che pur non è per se stesso veramente ed irreparabilmente nullo per diretta disposizione della legge, è data alle parti la facoltà d'impugnarlo e farlo ridurre al nulla. Lo scopo dell'azione è sempre identico; lo è pure nella sostanza il fondamento giuridico di essa, consistente sempre nella imperfezione del contratto, sebbene questa dipenda da fatti vari; identico è il risultato, perchè la pronunzia giudiziale conforme all'azione promossa fa considerare il contratto come non mai avvenuto; identiche sono le norme pel procedimento dell'azione, e pel tempo entro cui dev'essere esercitata. Quale motivo rimane dunque per una sostanziale differenza tra queste azioni, e per qualificare le une di *nullità* e le altre di *rescissione?*

Erano questi, in sostanza, gli argomenti pei quali, secondo l'opinione del maggior numero degli autori, ritenevasi che il codice francese non avesse più consacrata la distinzione tra le azioni di nullità e quelle di rescissione; che le une si confondessero sostanzialmente colle altre, e le due denominazioni fossero perfettamente sino-

nime (1). Una dottrina contraria era stata veramente professata da uno dei primi e più illustri giureconsulti che si occuparono di spiegare il codice francese. Diceva questo autore, " che la differenza tra le obbligazioni *nulle di diritto*, " e le obbligazioni *soggette soltanto a rescissione*, è in fondo " la stessa che fu e sarà sempre, perchè è tratta dalla natura " stessa delle cose. La *rescissione* suppone che *l'atto sia* " *valido in apparenza, ma possa essere annullato per qualche* " *vizio intrinseco e nascosto*, di cui bisogni somministrare " la prova, e che non possa essere scoperto se non col " mezzo d'una istruzione profonda seguita da una sentenza. " Al contrario, nelle obbligazioni *nulle di diritto* la nullità " del contratto è *apparente;* la sola produzione dell'atto " basta a renderla visibile; non vi è neppure l'apparenza " d'un contratto, avendone la legge pronunciata anticipa- " tamente la nullità ". E da ciò deduceva egli poi tre notevoli differenze, che reputava esistere tra le azioni di nullità e quelle di rescissione; e cioè, che per le azioni di rescissione, non per quelle di nullità, fosse necessaria la prova, bastando per queste ultime la semplice produzione dell'atto, in cui la nullità è visibile; che per la rescissione, non per la nullità, potesse il giudice pronunciarla o respingerla con un apprezzamento insindacabile; che trattandosi di azione di rescissione fosse possibile l'esecuzione provvisoria del contratto, la quale fosse invece impossibile nel caso di nullità (2).

Ma questa teoria non incontrò fortuna, nè per verità poteva essere approvata. Cominciò dallo sconfessarla lo stesso annotatore del *Toullier* (3). Altri la confutarono partitamente, dimostrando l'erroneità della base su cui si fondava e delle conseguenze che se ne traevano (4). Non

(1) V. Delvincourt, t. II, p. 180, n° 10; Duranton, t. XII, n. 525, 526; Marcadé, t. IV, n. 872; Demolombe, t. XXIX, n. 26-43; Laurent, t. XVIII, n. 527.
(2) V. Toullier, t. VII, n. 526-529.
(3) Duvergier, *Annotation*, t. VII, n. 521.
(4) V. Duranton, Marcadé, Demolombe, loc. cit.

gioverebbe all'intento nostro l'addentrarsi in questa disputa. Ci basti l'osservare come quella che il *Toullier* qualificava per *azione di nullità*, contrapponendola all'*azione di rescissione*, era veramente *inesistenza giuridica* dell'atto, limitata inoltre all'ipotesi che tale inesistenza giuridica dipendesse da un vizio estrinseco, apparente dalla semplice ispezione dell'atto medesimo, talchè la dottrina immaginata da questo autore non corrispondeva neppure ai termini della questione, intesa a determinare se il codice francese avesse, o no, conservata l'antica distinzione tra l'*annullabilità* e la *rescindibilità* degli atti e dei contratti.

Una terza opinione riteneva pure che il codice francese ammetteva la distinzione tra azione di nullità ed azione di rescissione, ma limitando quest'ultima ai casi in cui l'atto od il contratto venisse impugnato *per causa di lesione*.

“ L'azione di nullità — dicevasi — è il mezzo giuridico “ per domandare l'annullamento d'una obbligazione, nella “ quale non concorrano tutte le condizioni necessarie per “ la sua validità, cioè tutte le condizioni richieste sotto pena “ di nullità testuale o virtuale.

“ L'azione di rescissione, nel senso proprio della parola, “ è il mezzo giuridico per domandare la ritrattazione d'una “ obbligazione, valida veramente in se stessa, ma in con- “ seguenza della quale siasi sofferta qualche lesione „ (1).

Da ciò deducevansi rilevanti differenze tra l'una e l'altra delle predette azioni, in ordine al fondamento rispettivo di ciascuna di esse, alle prove da somministrarsi, all'ufficio del giudice nel pronunziare sull'azione promossa, alle conseguenze per l'appellazione dalla sentenza che l'avesse rigettata, e per l'autorità della cosa giudicata.

Osservavasi che l'azione di nullità era fondata sulla mancanza di qualche condizione necessaria alla validità dell'obbligazione, e bisognava quindi provare la mancanza d'una tale condizione, e provato ciò, il giudice era tenuto

(1) V. Zachariæ, t. I, § 333; Aubry e Rau, t. IV, § 333.

a pronunciare la nullità, indipendentemente dal sussistere o no qualche lesione a danno della parte che aveva proposta l'azione di nullità stessa; che invece l'altra azione fondavasi essenzialmente sulla lesione, e questa doveva quindi essere provata, e ciò non ostante il giudice poteva ancora respingere la domanda di rescissione, qualora la legge stessa non avesse determinata la importanza che dovesse avere la lesione, ed egli, nel prudente suo apprezzamento, riconoscesse essere di troppo lieve entità la lesione verificatasi. Il quale rilievo aveva una importanza speciale nel codice francese, che nell'art. 1305 dava luogo alla *rescissione per semplice lesione*, in favore del minore non emancipato, contro qualunque sorta di convenzione, ed in favore del minore emancipato per quelle convenzioni che eccedessero i limiti della capacità di lui.

Notavasi inoltre che alla sola azione di rescissione potevasi opporre l'offerta d'una indennità sufficiente per togliere di mezzo la lesione; la quale facoltà di offerta, espressamente ammessa nei casi in cui l'entità della lesione era tassativamente determinata dalla legge — nei casi cioè di domanda in rescissione delle divisioni (art. 887, 891) o della vendita d'immobili (art. 1674, 1681) — reputavano questi autori, quantunque contraddetti anche in ciò da altri, che fosse pure da estendersi al caso della domanda in rescissione, per lesione semplice, degli atti dei minori.

Notavasi in fine, che appunto per tali diversità di caratteri tra le azioni di nullità e quelle di rescissione, ne derivavano conseguenze pratiche corrispondenti, relativamente all'appellazione ed all'autorità della cosa giudicata; inquantochè non sarebbesi potuto in giudizio di appello — sebbene anche su questo punto vi fosse controversia (1) — convertire in domanda di nullità quella che in prima istanza fosse stata proposta in via di rescissione, o viceversa; nè una sentenza, che avesse rigettata un'azione di nullità, sa-

(1) V. Troplong, *De la vente*, t. II, n. 687 e seg.

rebbe stata opponibile come cosa giudicata contro una nuova domanda in rescissione per lesione, e reciprocamente.

È da osservarsi poi come tra gli stessi autori i quali riguardavano come confuse in unica azione, secondo il codice francese, quella di nullità e quella di rescissione, ve n'erano alcuni che riconoscevano potersi senza inconvenienti, ed anche con qualche utilità, distinguere col nome speciale di azione in *rescissione* quella per *lesione;* ciò essere anzi più conforme al linguaggio usato dal legislatore, il quale se per gli altri casi aveva impiegato indifferentemente i termini di azioni di *nullità* e di *rescissione*, non si era servito mai che di quest'ultima espressione allorchè riferivasi ai casi di lesione (1). Cosicchè tutta la loro teoria riducevasi in ultimo a ritenere che secondo il linguaggio del codice le azioni con cui s'impugnassero contratti od atti per vizi del consenso — errore, violenza o dolo — o per incapacità civile d'una delle parti contraenti, fossero indicate indifferentemente colle parole di *nullità o di rescissione*, considerate come sinonime; ma quando invece l'impugnativa fosse fondata sulla *lesione*, venisse designata esclusivamente col nome di *azione in rescissione*. E qualcuno soggiungeva, che presa in quest'ultimo senso stretto, l'azione di rescissione differiva da quella di nullità negli stessi rapporti segnalati sopra, giusta la dottrina del *Zachariæ* e dei suoi annotatori; cioè relativamente al fondamento dell'azione; alle prove da somministrarsi; alle facoltà spettanti all'autorità giudiziaria nel pronunciare intorno all'azione; al potersi impedire il corso di questa offrendo una indennità corrispondente alla lesione sofferta; alle conseguenze concernenti l'appellazione e l'autorità della cosa giudicata (2).

Il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 1071, 1258 e seguenti) ed il codice albertino (art. 1204, 1395 e seguenti) avevano disposizioni identiche a quelle del codice francese

---

(1) V. Duranton, t. XII, n. 526; Marcadé, t. IV, n. 874.
(2) V. Laurent, t. XVIII, n. 528-530.

in questa materia; e davano quindi luogo alla stessa questione, ed ai medesimi argomenti per la risoluzione di essa. Il codice austriaco usava un linguaggio preciso e chiaro; dicendo *invalidi* o *nulli* quei contratti nei quali una delle parti contraenti fosse civilmente incapace (§§ 152, 244, 865) e nei quali fosse per violenza od errore viziato il consenso (§§ 870, 871, 872, 873); e riserbando la denominazione di *rescissione* alla sola impugnativa che si fondasse sulla lesione, la quale era ammessa come causa di *restituzione nel pristino stato* per tutti i contratti bilaterali, quando una delle parti avesse ricevuto un valore inferiore alla metà di quello dato all'altra, salvo sempre a questa di far sussistere il contratto mediante il supplemento di ciò che mancasse all'ordinario valore in relazione al tempo del conchiuso contratto (§ 934). Il codice parmense qualificava indistintamente col solo nome di *rescissione* l'azione concessa ad una parte onde impugnare il contratto; fosse poi per vizio del consenso, cioè per errore, violenza o dolo, ò per incapacità civile od inadempimento di formalità abilitanti, a cui fosse soggetto il contraente medesimo, o per *lesione* nei casi speciali dalla legge indicati (art. 1285, 1286, 1301 comb. cogli art. 1042, § 2, 1490, 1491, 1688). Il codice estense invece dichiarava espressamente sinonime le parole *di nullità o rescissione* relativamente all'azione con cui s'impugnasse un contratto per vizio del consenso, per errore, violenza o dolo (art. 1363), ma denominava esclusivamente *di rescissione* le azioni dirette contro i contratti, sia perchè fatti da persone civilmente incapaci senza il concorso delle legittime solennità, sia perchè contenenti *lesione* nei casi espressamente contemplati (art. 1364, 1379 comb. cogli altri 1119, 1576, 1577, 1578, 1607).

L'attuale codice civile pel regno d'Italia ha esso pure nel capo 5°, titolo IV del terzo libro una sezione che tratta promiscuamente *delle azioni di nullità o di rescissione*, nè stabilisce tra le une e le altre una distinzione chiara e precisa, e tutte le assoggetta ad identiche regole, scritte negli

articoli 1300 e seguenti. È chiaro che sotto il nome di *azioni di nullità* il legislatore non intende compresa qualsiasi azione con cui si chieda l'annullamento d'un atto o di un contratto, ancorchè si tratti di *nullità* dichiarate per espressa e diretta disposizione della legge, ma quelle sole vuole accennare che dipendano da semplici *annullabilità*, secondo la distinzione che altrove dimostrammo (1); quelle azioni, cioè, che la legge apre in favore di una delle parti, il cui consenso al contratto si trovi infetto di qualche vizio che lo renda imperfetto, o che abbia contrattato in una condizione d'incapacità civile e senza l'adempimento di quelle formalità abilitanti che la legge prescriveva. Che sia così lo dimostra abbastanza il testo stesso dell'art. 1300, che dopo avere stabilito il tempo pel quale durano codeste azioni, nel determinare il giorno da cui deve computarsi la decorrenza di questo tempo, parla dei casi in cui venga impugnato il contratto per *violenza*, per *errore*, per *dolo*, per incapacità civile d'una delle parti, minorenne, interdetta, inabilitata, o donna non autorizzata dal marito. Nondimeno codeste azioni sono qualificate dal testo del citato articolo colle denominazioni, considerate come sinonime, di *azioni di nullità o di rescissione;* e ciò concorda colla rubrica stessa della sezione, in cui questo articolo 1300 trovasi compreso; ed altre disposizioni del codice confermano parimente nel medesimo concetto. Non è veramente riprodotta nel codice italiano una disposizione come quella dell'art. 1117 del francese che dichiarava " le convenzioni " contratte per errore, violenza o dolo, non essere nulle " *ipso jure*, ma dar luogo soltanto ad *agire per la nullità* " *o per la rescissione* "; ma nell'art. 1038 è detto che le divisioni *possono rescindersi per causa di violenza o di dolo*, mentre negli articoli 1108 al 1115, parlando dei contratti, l'errore, la violenza e il dolo sono considerati come *cause di nullità;* l'art. 1303 qualifica pure come *azioni di nullità*

(1) V. sopra n. 97, p. 534 a 541.

quelle con cui s'impugnino atti fatti da minori non emancipati senza l'intervento dei loro legittimi rappresentanti, da minori emancipati senza l'assistenza dei curatori nei casi in cui la legge la esige, e in generale da persone civilmente incapaci, o da chi le rappresenti, senza l'adempimento delle formalità abilitanti stabilite dalla legge; l'art. 1309 parla della conferma o ratifica di obbligazioni *contro le quali la legge ammette l'azione di nullità*, riferendosi manifestamente a tutti i casi contemplati dai precedenti articoli, nei quali l'azione medesima è qualificata indifferentemente *di rescissione*. Da tutto ciò si può dunque argomentare che, sempre quando si tratti di *semplice annullabilità* di atti, l'azione con cui possono essere impugnati è denominata più propriamente *azione di nullità*, sebbene il legislatore stesso le applichi talvolta anche l'altro nome di *azione di rescissione;* mentre invece allorchè la causa per cui s'impugni un atto od un contratto consista nella *lesione*, l'azione corrispondente è detta sempre ed esclusivamente di *rescissione*, com'è qualificata infatti nell'articolo 1038, § 2, rispetto alle divisioni, nell'art. 1308 relativamente ai contratti in genere, negli art. 1529, 1534, 1536, quanto alla vendita d'immobili, nell'art. 1554 parlando della permuta. Codeste idee possono del resto giustificarsi col ragionamento, non meno che colle espressioni letterali dei testi. Allorchè un atto od un contratto è *annullabile* ad istanza d'una delle parti, o per un vizio del consenso da essa prestato, o per incapacità civile della parte stessa, o per inosservanza delle forme abilitanti che la legge richiedeva, verificandosi in ognuno di questi casi una imperfezione nella formazione stessa del contratto, il concetto più naturale e più proprio, sotto cui possa riguardarsi l'azione diretta ad impugnarlo, è manifestamente quella della *nullità*. Tuttavia non è neppure da respingersi come assolutamente inammissibile l'idea della *rescissione;* inquantochè trattandosi di un atto o di un contratto, non nullo per se stesso in virtù d'una diretta disposizione della legge,

che anzi produce tutti gli effetti suoi come valido, finchè per volontà della parte, che sola può muoverne la impugnazione, non venga ridotto al nulla, può ben dirsi, non solo senz'assurdità, ma conservando pure una certa proprietà di linguaggio, che l'azione da quella parte intentata abbia per oggetto la *rescissione* a suo vantaggio dell'atto o del contratto medesimo. Quando invece la causa, per cui si chiede di far ridurre al nulla la convenzione o l'atto, consiste unicamente nella *lesione*, il solo concetto giuridicamente ammissibile è quello della *rescissione;* giacchè l'atto o il contratto avrebbe veramente in se stesso tutti gli elementi necessari per la sua validità, e solo a cagione della disuguaglianza, che si verifica tra le parti nel correspettivo, che l'una riceve dall'altra, la legge concede a quella il cui interesse si trova offeso, la facoltà di domandare d'essere liberata dagli effetti a lei dannosi di tale convenzione. È così che le azioni di nullità o di rescissione hanno potuto essere annoverate tra i *modi con cui si estinguono le obbligazioni;* perchè nel caso di vera e propria azione di rescissione, la quale si verifica per la *lesione*, si fanno cessare, col ridurre al nulla il contratto, gli effetti ch'esso era atto per se stesso a produrre, ed effettivamente produceva; e nel caso di annullabilità, si fanno parimente cessare gli effetti che dal contratto, quantunque imperfetto, derivavano, non altrimenti che se fosse pienamente valido, finchè a quella delle parti, alla quale esclusivamente ne spettava la facoltà, non piacesse d'impugnarlo pel vizio di cui era stato infetto il consenso da lei prestato, o per lo stato suo d'incapacità civile, o per l'ommissione di formalità abilitanti, che nell'interesse di lei avrebbero dovuto essere osservate.

Riassumendo pertanto, ecco quali sarebbero, secondo la legislazione nostra, le idee da adottarsi nell'argomento di cui trattiamo. Per *azione di nullità*, nel senso vero e proprio della parola, dovrebbe intendersi quella che la legge concede ad una delle parti per impugnare un contratto, nel quale il consenso di lei sia stato imperfetto per vizio di

errore, violenza o dolo, o per incapacità civile della parte stessa, o per inosservanza delle formalità abilitanti che nell'interesse di lei erano prescritte dalla legge. Per *azione di rescissione*, nel senso vero e proprio, dovrebbe intendersi unicamente quella che sia fondata sulla *lesione*, la quale non può reputarsi compresa fra le *azioni di nullità*. Ma all'opposto l'espressione di *azioni di rescissione* si estenderebbe in un largo e meno proprio significato anche alle azioni dirette ad impugnare contratti per vizi del consenso, per incapacità civile di una delle parti, o per inadempimento di formalità abilitanti prescritte nell'interesse di lei.

Concordano con questi concetti i lavori preparatori del nostro codice, nei quali come *azione di rescissione* è considerata specialmente quella che ha per causa la *lesione*, e per le altre si usa la denominazione più propria di *azioni di nullità* (1). E nel medesimo senso si manifestarono le opinioni dei commentatori del nostro codice (2).

Ridotta a questi termini la distinzione tra le azioni di nullità e quelle di rescissione, è chiaro com'essa non abbia più nulla di comune colle basi che a simile distinzione erano poste in diritto romano e nel diritto consuetudinario francese. Resta però a vedersi se la rescissione per lesione, e le azioni con cui s'impugnino contratti annullabili per vizi del consenso, per incapacità civile d'una delle parti, o per ommissione di formalità abilitanti, richieste per essa dalla legge, si distinguano per differenze reali, produttive anche di conseguenze pratiche, o se tutto riducasi a semplice diversità di denominazione. Accennammo già le differenze segnalate dagli autori che propugnarono questa distinzione (3), differenze che altri o negava assolutamente, o faceva derivare da altri principii di diritto (4).

(1) V. *Relazione* Pisanelli, p. 41, ss.; *Relazione Sen.*, p. 29.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 1300, § 3260, p. 769; Ricci, vol. VI, n. 341.
(3) V. Zachariæ, t. I, § 333; Aubry e Rau, t. IV, § 333; Laurent, t. XVIII, n. 528, 529, 530.
(4) V. Demolombe, t. XXIX, n. 40-43.

I primi opinanti trovavano, innanzi tutto, una diversità sostanziale nel fondamento stesso dell'azione; quello dell'azione di nullità consistendo nella mancanza di qualcuna delle condizioni necessarie per la validità dell'atto o del contratto; quello della rescissione, invece, nel fatto della lesione. Al che rispondeva l'oppositore, che diversa era bensì la causa dell'una e dell'altra azione; ma ciò non bastava a costituire tra essi una differenza caratteristica ed una natura giuridica diversa, come non si possono riguardare d'altra natura le azioni di nullità per errore, per violenza o per dolo, perchè altra sia in ciascuno di questi casi la causa che rende imperfetto il consenso. Non sembra però che in questa obbiezione il ragionamento corra con tutto il rigore di logica desiderabile. Allorchè s'impugna un contratto mediante azione di nullità, possono essere diversi i fatti che si assumono a base dell'azione stessa, ma la *causa*, il motivo giuridico dell'annullamento che si domanda, è sempre identico, e consiste nella imperfezione del contratto quanto agli elementi costitutivi della valida sua formazione. O si domandi l'annullamento della convenzione perchè il consenso d'una delle parti sia stato dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo; o si domandi perchè la parte fosse civilmente incapace a prestare il consenso; o perchè siano state inadempite dall'incapace stesso, o da chi lo rappresentava, le forme abilitanti, col concorso delle quali la legge gli permetteva di contrattare; il motivo giuridico dell'istanza consiste sempre nel non essere stata perfetta la formazione iniziale della convenzione, sebbene diversi siano i fatti giuridici dai quali cotesta imperfezione derivava. Ma la cosa è diversa nel caso di *rescissione per lesione*. Quando s'impugna un atto di divisione da uno dei condividenti perchè il complesso dei beni assegnatigli non rappresenta che un valore inferiore di più che un quarto rispetto a quello che avrebbe dovuto ricevere (art. 1038 cod. civ.); quando s'impugna il contratto di vendita d'un immobile, o di permuta con rifatta, perchè il venditore è

stato leso oltre la metà del giusto prezzo (art. 1529, 1554 cod. civ.); il contratto era pure perfettamente formato col concorso di tutte le condizioni necessarie alla sua validità. E se la legge accorda ciò non ostante alla parte lesa la facoltà di farlo rescindere, è in considerazione del danno enorme che quella parte soffrirebbe, è per un riguardo di equità, la quale consiglia a non ammettere che un tale danno d'una parte, col contemporaneo indebito arricchimento dell'altra, sia irreparabile; è per mantenere l'uguaglianza, che è principio fondamentale nelle divisioni; è per una speciale protezione che si volle anche concedere alla proprietà immobiliare. Or tutto questo, che costituisce la causa, il motivo giuridico, il fondamento dell'azione, è certamente ben diverso dal fondamento di quella di nullità, consistente nella imperfetta formazione del contratto. Vero è che l'autore, della cui opinione parliamo qui, sosteneva doversi considerare anche la lesione *come un vizio di consenso inerente alle condizioni costitutive della convenzione, al pari della violenza, dell'errore o del dolo.* “ Errore nella valutazione della cosa formante oggetto della convenzione; “ violenza morale risultante dal bisogno di denaro, e dalle “ angustie d'una delle parti; spesso ancora il dolo dell'altra “ parte; tali sono gli elementi complessi, costitutivi della “ lesione; vi entra un poco di tutto ciò, senzachè alcuno di “ tali vizi fosse separatamente abbastanza caratterizzato “ per dar luogo per sè solo ad un'azione in rescissione del “ contratto; ed è questo *composto* che forma quel vizio speciale di consenso che prende il nome di *lesione* „ (1).

Ma non sembra, come altre volte abbiamo detto, che questo amalgama d'idee possa darci la spiegazione vera del concetto del legislatore (2). Si suppone in sostanza ch'esso abbia assunta a base delle sue disposizioni riguardanti l'azione rescissoria per lesione una *presunzione legale d'imperfezione del consenso.* Ed una tale supposizione, quan-

(1) V. Demolombe, t. XXIX, n. 38.
(2) V. sopra, n. 97, p. 535.

tunque forse non facilmente giustificabile, sarebbe almeno possibile in una legislazione, che accordasse l'azione di rescissione per lesione in tutti i contratti bilaterali, in cui una delle parti avesse ricevuto dall'altra meno della metà di quello che le dava, come appunto era disposto nel § 934 del codice civile generale austriaco. Ma quando al contrario si dispone, come nell'art. 1313 del codice francese, e nell'art. 1308 del codice italiano, che l'azione di rescissione per causa di lesione non si può proporre, se non *nei casi speciali espressi nella legge*, e questi casi si restringono poi tanto da limitarli ai due soli dell'atto di divisione e della vendita d'immobili, non saprebbesi in vero comprendere il perchè la presunzione d'imperfetto consenso dovesse restringersi a queste due sole ipotesi, od essendovi uguale ragione di presumere altrettanto negli altri contratti bilaterali in genere, si volesse tuttavia mantenerli fermi assolutamente, negando il rimedio della rescissione. Il vero si è, che il fondamento dell'azione rescissoria per lesione non si desume da una presunta imperfezione di consenso, e quindi del contratto, ma dalla equità, ch'è offesa e si vuole ristabilire, e dalla natura speciale di quelle convenzioni, per le quali eccezionalmente si ammette l'azione di rescissione. Il fondamento dunque di tale azione è indubitabilmente diverso da quello delle azioni in nullità.

La seconda differenza, accennata dagli autori sopra citati, tra le azioni di nullità e quella di rescissione, riguarda le facoltà dell'autorità giudicante; dicendosi che qualora chi agisce in nullità provi la mancanza di qualcuna delle condizioni necessarie per la validità dell'atto o del contratto, il giudice non può dispensarsi dall' accogliere tale azione, quantunque l'attore non abbia in realtà sofferta alcuna lesione; mentre per l'azione rescissoria, l'attore è in obbligo di provare la lesione sofferta, e " qualora la legge stessa " non abbia determinata l'importanza che la lesione debba " avere per autorizzare l'azione in rescissione, *il giudice può* " *rigettare questa azione, se, anche provata, non la reputi*

“ *abbastanza considerevole* „. Quest'ultima osservazione si riferiva però ad un principio speciale adottato dal codice francese, il quale nell'art. 1305 aveva stabilito che “ *la sem-*
“ *plice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore*
“ *non emancipato*, contro qualunque sorta di convenzioni; ed
“ in favore del minore emancipato contro tutte le conven-
“ zioni che oltrepassano i limiti della sua capacità „. Ora questa disposizione non fu riprodotta nel codice italiano, il quale ha fatta una profonda ed importante innovazione in tutto il sistema concernente l'annullabilità degli atti compiuti dai minori, o nel loro interesse da chi li rappresenta. Secondo il nostro codice, la rescindibilità per lesione è distinta affatto, ed estranea all'annullabilità degli atti per incapacità del minore, o per inadempimento delle forme abilitanti prescritte.

“ L'azione di nullità — disse il ministro Pisanelli nella
“ relazione al Senato sul progetto del 3° libro del codice —
“ viene ammessa contro gli atti fatti dal minore non eman-
“ cipato senza l'intervento del suo legittimo rappresentante,
“ o dal minore emancipato senza la richiesta assistenza del
“ curatore, e contro gli atti compiuti senza l'osservanza delle
“ forme speciali cui siansi sottoposti dalla legge (art. 1303
“ cod. civ.).

“ È stabilito che gli atti compiuti nel modo voluto dalla
“ legge nell'interesse di un minore, di un interdetto o di
“ un inabilitato, avranno la stessa forza che avrebbero se
“ fossero fatti da un maggiore di età pienamente capace di
“ contrattare (art. 1304 cod. civ.).

“ L'azione di rescissione per causa di lesione non com-
“ pete neanco ai minori, se non nei casi e sotto le condi-
“ zioni specialmente determinate dalla legge „ (art. 1308 cod. civ.).

Così dunque, secondo la nostra legislazione gli atti compiuti dai minori, o nel loro interesse, se sono fatti dai loro rappresentanti legittimi, o coll'intervento di questi e coll'osservanza inoltre di tutte le formalità volute dalla legge,

sono pienamente validi; nè possono essere impugnati, neppure per lesione, se non *nei casi e sotto le condizioni* in cui l'azione rescissoria per questa causa compete anche ai maggiori di età. Se poi si tratta di atti compiuti da minori non emancipati senza l'intervento dei loro legittimi rappresentanti, o da minori emancipati senza l'assistenza dei curatori, o in ogni caso di atti nei quali sia stata ommessa qualcuna delle formalità per essi stabilite da disposizioni speciali di legge, può esercitarsi contro quegli atti l'azione di nullità, indipendentemente dal verificarsi pei minori una lesione qualsiasi.

E poichè le persone maggiori o minori di età sono così completamente parificate in ciò che riguarda l'azione rescissoria per lesione, e questa non è ammessa se non nei casi speciali contemplati negli art. 1038 § 2°, 1529, 1554 § 2°, nei quali casi è determinato, come condizione indispensabile per l'esercibilità dell'azione, il limite al quale la lesione deve arrivare; è chiaro dunque che secondo il codice nostro non è possibile che spetti alcun potere discretivo all'autorità giudicante, nell'ammettere o respingere l'azione per lesione: devesi ammetterla, se la parte provi di aver sofferta una lesione superiore al quarto nel caso dell'art. 1038, superiore alla metà nei casi degli art. 1529, 1554; devesi rigettarla nel caso contrario. Così la differenza segnalata in questo rapporto dagli autori francesi, tra l'azione di rescissione per lesione e quella di nullità, non può avere fondamento nel diritto nostro.

Essi però indicavano ancora una terza differenza, consistente nel potersi da colui, contro il quale sia promossa l'azione di rescissione, impedirne gli effetti mediante l'offerta di una indennità sufficiente per fare scomparire la lesione (art. 891, 1681 cod. franc., 1042, 1534 cod. it.), e soggiungevano che “ la facoltà di fare una tale offerta, for-“ malmente accordata al convenuto nei casi previsti dai “ citati articoli, *sembra dover essere ugualmente ammessa in* “ *quello di cui si occupa l'art.* 1305 „ cioè nel caso della

rescissione di atti riguardanti il minore (1), il che per altro era vivamente contestato dall'altro autore che già citammo (2). Se non che ogni possibilità di quest'ultima questione è affatto rimossa dal codice italiano, il quale ha parificati minorenni e maggiorenni in ordine all'azione rescissoria per lesione; e se i casi contemplati negli articoli 1038 e 1529 si avverino, se il condividente provi d'esser leso oltre il quarto di ciò che avrebbe dovuto pervenirgli per la sua porzione ereditaria, se il venditore d'immobili provi d'essere stato leso oltre la metà nel giusto prezzo, non può esservi dubbio intorno all'applicabilità degli altri articoli 1042 e 1534 del nostro codice, sia poi maggiore o minore di età la persona che soffrì la lesione. Ciò dunque costituisce evidentemente una notevole differenza in confronto dell'azione di nullità, gli effetti della quale non potrebbero esser mai impediti coll'offrire una indennità a chi la esercita.

Si notano da ultimo, come conseguenze pratiche della distinzione tra le azioni di nullità e quella di rescissione per lesione, che non si potrebbe in sede di appello convertire l'una di queste istanze nell'altra, perchè ciò costituirebbe una *domanda nuova;* nè si potrebbe invocare come fondamento della eccezione di cosa giudicata, contro una domanda in rescissione per causa di lesione, una sentenza che avesse rigettata l'azione in nullità per vizio di consenso; perocchè all'autorità della cosa giudicata mancherebbe il requisito della identità nella causa della domanda (3). Sarebbe fuori di luogo il discutere qui codeste questioni, le quali presuppongono altre teorie. Ci limiteremo a dire, che le massime surriferite ci sembrano perfettamente fondate in diritto; sebbene siano state contestate, dicendo che non si tratta di domande aventi cause diverse, bensì soltanto di due mezzi differenti d'una sola identica domanda;

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 333, in fine.
(2) V. Demolombe, t. XXIX, n. 41.
(3) V. Aubry e Rau, t. IV, § 333, n° 2; Laurent, t. XVIII, n. 530.

e che la questione relativa all'autorità della cosa giudicata non potrebbe risolversi col mezzo della distinzione tra le azioni di nullità e di rescissione, mentre una tale distinzione non esiste più nelle nostre leggi. Ma quest'ultima osservazione si risolve in una evidente petizione di principio. E quanto all'affermazione che sia identica la causa, identico il fondamento dell'azione di nullità e di quella di rescissione per lesione, crediamo di avervi già risposto abbastanza, dimostrando come l'azione di nullità abbia per causa e fondamento la imperfetta formazione del contratto per la mancanza di qualcuna delle condizioni necessarie per la validità di esso; mentre l'azione di rescissione ha per causa e fondamento suo il fatto della lesione in un contratto, nel quale, del resto, concorrerebbero tutti i requisiti per costituirne la validità.

114. In altra parte di questo trattato, parlando dell'*errore di diritto*, e discutendo la questione se, qualora esso sia *comune*, possa dar luogo ad evitare le conseguenze dell'inadempimento dei veri precetti legislativi, od a sottrarsi agli effetti d'una convenzione, d'un atto o d'un fatto giuridico, o ad invocare quelli della buona fede; osservammo come tale questione fosse affatto distinta dall'altra riguardante l'*errore comune di fatto*, e consistente nello stabilire, se celebrato un atto pubblico col ministero di persona non avente qualità legittima per riceverlo, o coll'intervento d'un testimonio incapace, o prendendovi parte come contraente chi manchi della capacità giuridica necessaria, l'*errore comune*, pel quale quella persona fosse ritenuta legittimamente investita delle funzioni che esercitava, o capace alla contrattazione od alla testimonianza, possa bastare per render valido l'atto medesimo (1). Ed ora l'argomento di cui ci occupiamo, della nullità degli atti, ci porge occasione opportuna ad esporre i principii coi quali può essere risolto l'importante quesito.

---

(1) V. sopra, n. 87, p. 397, ss.

Error communis facit jus: è una regola che s'incontra spesso ripetuta nelle opere degli antichi giureconsulti; molti dei quali la facevano derivare dalla celebre legge *Barbarius Philippus* (3 D. *De officio praetorum*); ed è generalmente seguita anche dalla dottrina moderna. Quale è il vero senso di quella massima? È dessa formulata esattamente colla espressione sopra riferita? Si trova nella legislazione vivente un fondamento giuridico su cui poterla posare?

La legge *Barbarius Philippus* sarebbe stata insufficiente a stabilire una massima così generale; perchè riguardava invece un caso affatto particolare. Uno schiavo, che portava quel nome, fuggito a Roma, era riuscito a conseguire pei suffragi del popolo la Pretura. Scoperto dal padrone, si redense e divenne libero; ma conosciuta dal popolo la condizione in cui era stato, si sollevò il dubbio se gli editti e i decreti da lui emanati mentre era schiavo potessero avere efficacia.

" Nihil ei servitutem obstitisse, ait Pomponius (così quella legge), quasi Prætor non fuerit ".

Ed Ulpiano domanda: " Quid dicemus? quae edixit, quae " decrevit, nullius fore momenti? an fore, *propter utilitatem* " *eorum, qui apud eum egerunt*, vel Lege, vel quo alio jure? " Et verum puto, nihil eorum reprobari. *Hoc enim humanius* " *est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere* " *hanc potestatem: sed et si scisset servum esse, liberum effe-* " *cisset.* Quod jus multo magis in Imperatore obser- " vandum est ".

Com'è facile scorgere, non si proclamava con ciò l'equivalenza dell'errore comune al diritto, quasichè quello schiavo avesse potuto legittimamente esercitare l'ufficio di Pretore. Aveva tenuta contrariamente alla legge quella dignità, appunto perchè schiavo; ma l'aveva esercitata di fatto, nel qual senso dicevasi: " nihil ei servitutem obstitisse, *quasi Praetor non fuerit* ". Ma appunto per questo conflitto tra il fatto ed il diritto, proponevasi il quesito, se gli editti e i decreti di quel Pretore potessero sostenersi

come validi, sebbene a rigor di principii avrebbero dovuto dirsi nulli. Ulpiano rispondeva: “ verum puto nihil eorum “ reprobari; *hoc enim humanius est... propter utilitatem eorum* “ *qui apud eum egerunt* „. Erano riguardi alla fede pubblica, all'equità, agli interessi di coloro, in generale, dai quali in buona fede fossero stati compiuti atti presso quel magistrato, che consigliavano a deflettere dal sommo rigore del diritto: “ hoc enim *humanius* est „. E per mostrare come una tale concessione non fosse poi inconciliabile coi principii, il giureconsulto osservava: che se il popolo romano avesse conosciuta la condizione dello schiavo, allorchè lo innalzò alla dignità di Pretore, lo avrebbe con ciò stesso reso libero; e pur non avendola conosciuta, non era da negarsi qualunque valore ad una elezione proceduta dal popolo, che avrebbe avuto anche il potere di dispensare lo schiavo dalla inabilità sua: “ *Si fecisset servum esse, liberum* “ *effecisset..... potuit etiam populus Romanus servo decernere* “ *hanc potestatem* „. Tutto ciò riferivasi dunque alla singolarità del caso; nè avrebbe potuto estendersi ad altre ipotesi, per le quali non fossero adducibili considerazioni analoghe; e ad ogni modo era certamente ben lontano dall'essersi stabilita la massima generale, che l'errore comune equivalesse al diritto.

Nondimeno altre leggi contemplavano casi diversi da quello sopra riferito, ed anche quelli di nullità di atti per incapacità d'uno dei testimoni che avessero preso parte alla celebrazione degli atti medesimi, o per incapacità personale d'uno dei contraenti; e risolvevano del pari la questione, se la validità di tali atti potesse essere sostenuta, in considerazione dell'*errore comune* circa la capacità di quelle persone.

Nella legge 2, C. *De sententiis et interlocutionibus omnium judicum*, è detto:

“ Si arbiter datus a Magistratibus, cum sententiam “ dixit, in libertate morabatur, quamvis postea in servi- “ tutem depulsus sit, sententia tamen ab eo dicta habet

" rei judicatae auctoritatem „. Il caso differisce sostanzialmente, non vi ha dubbio, da quello della legge *Barbarius Philippus;* mancando qui il motivo assunto come principale della decisione recata in quella; che, cioè, chi era stato chiamato a funzioni pubbliche, delle quali era incapace per una causa occulta, fosse stato istituito da un'autorità avente anche il potere di derogare a tali incapacità. Il magistrato era bensì competente a delegare l'arbitro per la decisione della controversia, ma non aveva certamente la podestà di derogare alla incapacità dello schiavo per le funzioni di arbitro, nè di attribuirgli la libertà e la cittadinanza. Nondimeno la legge 2, C. *De sent. et interloc.* dichiarava ugualmente che la sentenza proferita dall'arbitro, ch'era schiavo, dovesse avere pieno effetto. Se mancava la ragione speciale addotta per lo schiavo eletto Pretore dal popolo, stava però sempre la considerazione della equità e della utilità pubblica, a giustificare che non si annullassero gli atti compiuti da chi era stato delegato dall'autorità competente, ed al cui ministero erano quindi ricorsi gl'interessati sotto la guarentigia della pubblica fede.

Questa pure era però una decisione di caso particolare, non estensibile quindi a casi diversi, in derogazione ai principii generali, da cui per ispeciale benignità quella decisione si scostava: nè certo in questa legge, più che nell'altra precedentemente ricordata, trovasi alcun accenno all'essersi voluto stabilire come massima generale l'equipollenza dell'errore comune al diritto.

In altra legge (1 C. *De testamentis, et quemadmodum testamenta ordinentur*) è considerata la questione di testimoni intervenuti ad un testamento, e reputati, per errore comune, capaci. Uno schiavo, ch'era in possesso pubblico e pacifico dello stato di libertà, era stato assunto come testimonio in un testamento. Scoperto il vero stato di costui dall'erede legittimo, questi se n'era fatto un mezzo per impugnare di nullità il testamento. Sottoposta la difficoltà all'Imperatore Adriano, egli rispose: " Testes, servi an liberi fuerint, non in

" hac causa tractare oportet: cum eo tempore, quo testa-
" mentum signabatur, *omnium consensu liberorum loco habiti*
" *sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam*
" *moverit* ". Riproposta qualche tempo dopo la questione, fu risolta nel medesimo senso dagli imperatori Severo ed Antonino, e Giustiniano inserì poi nelle sue *Istituzioni* codeste massime, erigendole in regola generale per tutti i testamenti, a cui avessero assistito come testimoni persone costituite in servitù, ma per errore comune reputate libere:

" Sed cum aliquis ex testibus, testamenti quidem fa-
" ciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus
" apparuit, tam divus Hadrianus Catoni, quam postea divi
" Severus et Antoninus rescripserunt, *subvenire se ex sua*
" *liberalitate testamento;* ut sic habeatur firmum, ac si, ut
" oportebat, factum esset; cum eo tempore quo testa-
" mentum signaretur, *omnium consensu hic testis liberi loco*
" *fuerit; neque quisquam esset, qui status ei quaestionem mo-*
" *veret* " (§ 7 Inst. *De testamentis ordinandis*). — Comunque non limitata alla risoluzione d'un caso particolare, ma concepita sotto forma di regola generale nel senso sopra detto, anche questa massima però contemplava la specialità dei testimoni testamentari mancanti di capacità per non essere liberi, ed aventi nondimeno una capacità putativa pel possesso di stato non contestato. E posto pure che ad altri casi potesse una simile massima estendersi per analogia, essa non istabiliva ad ogni modo come principio che l'*error comune costituisse diritto,* ma solo per benevola concessione — *ex sua liberalitate* — ammetteva che la validità del testamento potesse sostenersi.

In materia di capacità personale poi eravi una legge, che contemplava un caso particolare di capacità putativa per errore comune. Trattavasi del Senatoconsulto Macedoniano, in forza del quale negavasi azione a chi avesse mutuato denaro ad un figlio di famiglia. La legge 3ª, ff. *De Senatusconsulto Macedoniano*, diceva a questo proposito: " Si quis
" patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate de-

" ceptus, nec juris ignorantia, sed *quia publice paterfamilias* " *plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic mune-* " *ribus fungebatur*, cessabit Senatusconsultum „. Se non che il motivo della disposizione non consisteva per certo nel supporre equivalente alla qualità giuridica di padre di famiglia, nel mutuatario, l'errore comune che gliela attribuisse. L'eccezione del Senatoconsulto Macedoniano era stata introdotta in odio degli usurai, che prestavano denaro ai figli di famiglia; e non era quindi da applicarsi che a quei sovventori, i quali avessero conosciuto, o potuto almeno conoscere, la condizione di figlio di famiglia in colui al quale mutuavano. Nel caso di *errore comune*, e di concorso delle particolari circostanze previste nel testo surriferito, essendo esclusa la probabilità che il mutuante avesse saputo essere figlio di famiglia colui col quale contrattava, era conseguente che l'eccezione del Senatoconsulto dovesse cessare.

Quantunque nessuno dei testi che abbiamo riportati, considerandoli separatamente, potesse autorizzare, per le riflessioni sovra esposte, a stabilire come regola generale che " quanto sia stato fatto di buona fede, e sul fondamento " d'un errore pubblico, abbia la stessa forza come se fosse " conforme alla verità ed alla piena osservanza del di- " ritto „ (1) pure gli autori furono, può dirsi, concordi nell'accettare quella regola; derivandola alcuni segnatamente dalla già citata legge 3, D. *De officio praetorum*, altri ricavandola almeno dal complesso dei vari testi che ricordammo. E quella regola s'intese formulare nel detto, ormai accettato generalmente " *error communis facit jus* „. Il qual detto fu desunto veramente dal testo d'altra legge romana (3, § 5 in f. D. *De supellectili legata*); ma in questa era usato a proposito della interpretazione da darsi alla disposizione testamentaria, che avesse per oggetto la *suppellettile;* dicendosi che quantunque in questa parola, secondo il

(1) V. Solon, *Tr. des nullités*, n. 370.

senso proprio grammaticale, non fossero veramente compresi certi oggetti, ai quali però si estendeva la parola stessa secondo l'accettazione comune, questa doveva essere seguita, perchè *error jus facit*. Il che era evidentemente giusto allorchè si trattava d'interpretare la volontà d'un testatore, ma altrettanto era chiaro come non avesse rapporto alcuno colla idea di stabilire una equivalenza dell'errore al diritto. Quest'ultimo concetto era infatti respinto da alcuni dei commentatori delle *Pandette;* sia per la contraddizione che vi è nel supporre stabilito il diritto dall'errore, che è la negazione del consenso, sia perchè non può mai bastare il solo errore, sia pur generale, per dar fondamento alla convalidazione di atti per se stessi nulli, ma si richiede sempre la coesistenza di fatti, dai quali quell'errore sia reso scusabile, e pei quali si giustifichi la convalidazione predetta (1); ed altri osservava che quantunque la regola " *error communis facit jus* fosse controversa, non era però da " negarsi che l'errore, *occasionalmente* almeno, se non a " modo di causa, formasse talvolta diritto „ (2).

Degli autori moderni il maggior numero adotta senza osservazioni in contrario la formola: " *Error communis facit jus* „. Qualcuno anzi ha creduto di poterla giustificare dicendo: " Qualora concorrano veramente gli estremi dell'er" rore comune, il fatto diviene allora diritto: e non sono " forse, innanzi tutto, i fatti che governano il mondo? „ (3). Ma queste parole furono vivamente censurate, osservando che " il diritto è la espressione della verità eterna. Or come " mai l'errore potrebb'essere assimilato alla verità? Nulla " di più funesto dell'autorità che si voglia attribuire ad un " fatto, allorchè pesi sull'errore; riconoscere ad un tal " fatto, per quanto generale sia, la forza del diritto, è " distruggere la base dell'ordine morale..... Non sono i

---

(1) V. Zoez, *Comm. ad Dig.*, lib. I, t. IX, n. 11, 26; Voet, *Comm. ad Pand.*, lib. I, tit. XIV, n. 5 e 6.

(2) V. Brunnemann, *Comm. in Pand.*, lib. I, tit. XIV, n. 5.

(3) V. Demolombe, t. XXI, n. 229.

" fatti che governino il mondo, ma il diritto, la giustizia:
" e qualora un fatto, fosse pure universale, si trovasse in
" opposizione col diritto, dovrebbe scomparire, e bisogna
" impugnarlo, anzichè ascrivergli l'autorità del diritto. Af-
" frettiamoci ad aggiungere che i giureconsulti romani non
" intendevano a questo modo la regola tolta a loro „ (1).

Non abbiamo bisogno d'insistere a dimostrare le ragioni per le quali crediamo pienamente fondata la critica fatta così a questa formola " *error communis facit jus* „. Intesa alla lettera, essa farebbe supporre la trasformazione d'un fatto erroneo in diritto; trasformazione impossibile, manifestamente assurda. E stato creduto da tutti legittimamente investito d'un dato ufficio pubblico chi non poteva per legge esercitarlo, è stato creduto capace un contraente o un testimonio, che non lo era. Stando alle parole in cui è espressa la massima, si dovrebbe ritenere che quel tale avesse conseguito il legittimo investimento della carica, o fosse divenuto capace alla contrattazione od alla testimonianza, in forza della credenza generale contraria al vero ed al diritto. Certamente sarebbe questa un'assurdità così manifesta, da non potervisi opporre la vaga osservazione che *dai fatti è governato il mondo;* osservazione, che, del resto, se è troppo vera *in fatto*, non può concludere a nulla quanto al diritto; e se spesso nelle cose umane i fatti prevalgono al diritto, non può però il giurista riconoscere come giustificata questa prevalenza, e consacrarla come legittima. Per altro — come giustamente osserva l'autore ultimamente citato — non è in tal senso che la massima " *error communis facit jus* „ siasi voluta precisamente intendere. Il senso vero, spiegandolo più diffusamente, sarebbe questo; " L'errore comune può talvolta produrre, relativa-
" mente alla validità di un atto, i medesimi effetti della
" piena conformità dell'atto medesimo al diritto „. Ma la formola più compendiosa, ch'è stata generalmente adottata,

(1) V. Laurent, t. XIII, n. 281.

non può produrre inconvenienti, come modo convenzionale d'intendersi sopra una regola, che quanto al suo vero senso non ammette contestazioni. Ciò che più importa, ed è sostanziale, consiste veramente nello stabilire se quella regola, quantunque non riprodotta dalle legislazioni moderne, nè in una disposizione generale, nè in alcuna applicazione particolare a singole materie, debba tuttavia osservarsi come avente vigore giuridico.

Intorno a ciò, la mancanza di disposizioni testuali non potrebbe costituire un ostacolo insuperabile. Dovendosi risolvere la controversia che insorge, circa la validità o nullità di un atto compiuto col ministero d'un ufficiale pubblico, o colla presenza d'un testimonio, o coll'intervento d'un contraente, che per errore comune era creduto, ma per legge non era capace; e non trovandosi elementi per la decisione, nè in una precisa disposizione di legge, nè in altre che regolino casi simili o materie analoghe; è necessario ricorrere ai *principii generali di diritto* (art. 3 delle disposizioni premesse al codice civile). La questione si riduce pertanto a questo solo punto: se pei principii generali sia sostenibile la validità di atti, che sarebbero nulli per cause esistenti in diritto, ma credute al tempo dell'atto insussistenti, per errore comune.

La nullità degli atti — come più volte notammo — è il mezzo di sanzione più naturale e più efficace delle disposizioni della legge, la cui osservanza ha per iscopo di assicurare, colpendo col danno talora gravissimo di tale nullità coloro che a quella disposizione contravvengano. Certamente, non è una sanzione penale vera e propria, talchè per la applicazione di essa richiedasi in chi debba subirla, che abbia avuto il proposito deliberato di disobbedire ad un precetto o d'infrangere una proibizione della legge; ed anche chi inscientemente contravvenga a disposizioni, dalla cui osservanza il legislatore abbia fatto espressamente o virtualmente dipendere la validità di un atto, incorre necessariamente il danno della nullità. Ma nell'infliggere questa

il legislatore stesso ha avuto in pensiero ciò che generalmente avviene: che, cioè, se non dolo, qualche colpa si verifica sempre, indirettamente almeno, da parte di chi viene colpito dalla nullità di un atto; ond'egli deve in ultimo imputare a se stesso il pregiudizio che soffre. Che se, al contrario, nessuna sorta di colpa possa essergli rimproverata, se anzi si dimostri la impossibilità morale, se non fisica, in cui siasi trovato, di evitare l'errore, nel quale tutti gli altri incorsero insieme a lui, di conoscere il fatto ch'era cagione di nullità nell'atto ch'egli voleva compiere, e di uniformarsi quindi nell'atto medesimo alle disposizioni della legge, quale giustizia vi sarebbe allora a punirlo colla nullità dell'atto? Ciò sarebbe in verità contrario, anzichè consentaneo, allo scopo pel quale simili nullità furono stabilite; consistendo questo nell'indurre le parti all'osservanza della legge, il che non è possibile qualora la parte, non solo ignori, ma sia nell'impossibilità di conoscere come nell'atto, che compie, la legge rimanga violata. Sarebbe anche contrario allo spirito generale della legislazione, proclive alla protezione della buona fede; tanto da mantenere talora gli effetti della validità ad un atto annullato, solo perchè fatto in buona fede, senzachè neppure concorra — come nei casi di cui ora parliamo — l'estremo della dimostrata impossibilità che l'errore fosse evitato (art. 116 cod. civ.).

Un'altra riflessione è da farsi. Se l'errore comune non potesse mai ammettersi per convalidare atti, che colla rigorosa applicazione delle norme generali di diritto fossero da reputarsi nulli, ne seguirebbe talora una grave perturbazione della fede pubblica. I privati, che ricorrono per necessità ad un ufficiale pubblico al fine di dare autenticità ai loro atti, debbono essere sicuri che quell'ufficiale, a cui le funzioni che esercita furono conferite dall'autorità competente, possa ricevere validamente quegli atti. La parte e il notaio, che assumono come testimoni alla celebrazione d'un atto persone le quali, secondo la notorietà pubblica, hanno tutte le qualità richieste dalla legge per poter eser-

cilare tale ufficio, devono essere certi di non incorrere in nullità. Colui che contratta con persona notoriamente capace, ha bisogno d'essere guarentito che non possa venirgli opposta più tardi una causa d'incapacità nascosta ed ignorata da tutti. Se avessero a temere il contrario, è manifesto quale scossa ne riceverebbe la pubblica fede, quali incertezze e quali imbarazzi potrebbero derivarne nella trattazione degli affari. Nè poi si tratta solo d'uno, o di pochi, ma di numerosissimi interessi, che potrebbero talora essere irreparabilmente pregiudicati per l'annullamento d'una serie di atti compiuti persistendo una causa d'incapacità, che l'errore comune faceva reputare non esistente. Ed è perciò che alcuni dei commentatori delle *Pandette*, che abbiamo sopra citati, pur dimostrando l'inammissibilità del concetto che l'errore, perchè comune, si trasformasse in diritto, ma ammettendo nondimeno la massima che l'errore comune potesse avere per effetto di convalidare talvolta certi atti, che altrimenti sarebbero stati nulli, ne assegnavano per principale ragione la pubblica utilità " Rectius " dicetur hoc ita receptum esse *propter publicam utilitatem* " (1). " Ne plurima negotia bona fide gesta rescinderentur, *cum detrimento reipublicae* " (2). Ora se la fede pubblica e l'interesse generale esigono in questi casi la convalidazione degli atti, che secondo il rigore delle norme comuni sarebbero da reputarsi nulli, come potrebbesi applicare ciò non ostante la nullità, la quale non ha essa stessa altro scopo che l'interesse generale; per guarentire la perfetta osservanza delle leggi?

Ci sembra dunque che i principii generali di diritto, in mancanza di disposizioni testuali su questo argomento nella legislazione nostra, permettano di trovare un fondamento razionale alla massima, che l'error comune possa talora produrre, relativamente alla validità dell'atto, gli stessi ef-

(1) V. Zoez, *ad Pand.*, lib. 1, tit. IX, n. 11, 12.
(2) V. Voet, *ad Pand.*, lib. 1, tit. XIV, n. 5.

fetti della piena conformità di esso al diritto; purchè concorrano alcune condizioni, delle quali ci occuperemo fra poco.

A ciò è da aggiungersi la tradizione costante, con cui quella massima fu trasmessa dal diritto romano infino a noi. Anche nel diritto consuetudinario francese quella massima era osservata, come lo attesta, tra gli altri, il Pothier:

" Lorsqu'une personne, qui a perdu l'état civil, *puta* par
" la profession réligieuse, est établie dans un lieu où l'on
" ignore sa profession réligieuse, la quasi-possession, en
" laquelle elle est de l'état civil en ce lieu, supplée à l'état
" civil qui lui manque, et *suffit pour rendre valable le testa-*
" *ment où elle a fait fonction de témoin;* arg. *L. Barbarius*
" *Philippus*, 3, ff. *de off. praet.* „ (1).

I commentatori del codice Napoleone furono tutti concordi nell'ammettere, che la massima " *error communis facit jus* „ dovesse continuare ad essere osservata anche dopo l'attivazione di quel codice (2). Qualche differenza di opinioni vi fu soltanto rispetto alle applicazioni di quella massima ai diversi casi in cui l'error comune può essere allegabile; e di queste controversie faremo cenno nei due numeri seguenti. Uno scrittore più recente ha fatta una critica assai severa, che già abbiamo ricordata sopra, della massima " *error communis facit jus* „ impugnando l'esattezza di questa formola intesa alla lettera; e questa osservazione, che già molto prima era stata fatta da *Zoez* e da *Voet*, parve a noi pure giustissima. Quanto poi alla sostanza di quella massima, il medesimo autore ha messo in dubbio che sia accettabile, non già sotto l'aspetto teorico e in diritto costituendo — chè anzi ha riconosciuto che sarebbe stata da approvarsi una disposizione, la quale avesse stabilito bastare

---

(1) V. Pothier, *Coutume d'Orléans*, introd. au titre XVI, n. 14, 1° in fine.

(2) V. Merlin, *Rep.*, v° *Erreur*, n. VI, v° *Ignorance*, § II, n. IX, v° *Temoin instrumentaire*, § II, n. III, 26°; Delvincourt, t. II, p. 86, n° 3; Toullier, t. V, n. 407; Grénier, *Tr. des don. et des test.*, t. II, n 256; Duranton, t. IX, n. 100; Solon, *Tr. des nullités*, n. 370, ss.; Troplong, *Des don. entre vifs et des test.*, t. III, n. 1686, ss.; Demolombe, t. XXI, n. 220; Aubry e Rau, t. I, § 115, n° 11, t. VII, § 670, n° 27, t. VIII, § 755, 1°, n° 5, 2°, n° 22.

per la validità dei testamenti la *capacità putativa* dei testimoni chiamati ad assistervi — ma perchè, non avendolo fatto il legislatore, gli è sembrato contestabile che possano gl'interpreti derogare, nel silenzio della legge, al rigore del diritto per considerazioni di mera equità. Se non che poi ha concluso che " combinando la tradizione coll'avviso 2 luglio " 1807 del Consiglio di Stato, approvato dall'Imperatore " — che stabiliva *bastare l'errore comune e la buona fede per* " *coprire negli atti e nelle sentenze le irregolarità che le parti* " *non abbiano potuto prevedere, nè impedire* — credeva egli " pure che la massima della *capacità putativa* potesse essere " ammessa, sebbene deroghi al rigore del diritto; conforme" mente anche alla dottrina ed alla giurisprudenza „ (1).

Ritenuto dunque, in massima, che per ragioni di equità, d'interesse pubblico, e di buona fede, e in conformità dei principii generali di diritto, dello spirito della legislazione vigente, e della tradizione, siano da reputarsi validi certi atti, i quali secondo il rigore delle ordinarie norme di diritto sarebbero nulli, allorchè intorno alle cause di tale nullità siasi verificato un *errore comune*, dal quale appunto sia derivata la celebrazione di quegli atti in modo non conforme alla legge; resta però a determinarsi quali siano le condizioni necessarie ad avverarsi affinchè della predetta massima possa farsi l'applicazione ai singoli casi. Parliamo per ora di quelle sole condizioni, che sono indispensabili in tutti i casi predetti; riserbando ai numeri successivi la trattazione di quelle altre condizioni speciali, che si richiedano distintamente per la convalidazione di quegli atti che siano stati ricevuti da persone non legittimamente investite delle funzioni di ufficiali pubblici, o che siano stati celebrati coll'assistenza di testimoni non aventi le qualità dalla legge volute, od ai quali abbia prestato consenso una parte giuridicamente incapace.

Primo e fondamentale requisito è che l'errore, dal quale

---

(1) V. Laurent, t. XIII, n. 281-283, t. XIX, n. 107.

è derivata l'illegale celebrazione dell'atto, sia stato *comune*. Diciamo, *sia stato*; perchè sì per questo, che per gli altri requisiti di cui parleremo appresso, è unicamente *al tempo della celebrazione dell'atto* che devesi avere riguardo nel determinare se quei requisiti siansi, o no, verificati. Questa è cosa tanto evidente, da non abbisognare di dimostrazione. La mancanza d'ogni colpa in chi verrebbe a soffrire il danno della nullità dell'atto, la fede pubblica che dev'essere guarentita, la buona fede individuale che dev'essere protetta, l'interesse generale che consiglia a non distruggere i numerosi atti che possono essere stati fatti nullamente per l'errore in cui tutti si trovavano; ognuno di questi motivi della massima che fu consacrata sotto la formola " *error communis facit jus* „ si riferisce manifestamente ed esclusivamente al tempo in cui quegli atti furono compiuti. Se al momento in cui essi venivano celebrati l'error comune sussisteva, tutti quei motivi si verificano indubbiamente, non ostante che dopo, in tempo anche prossimo, il vero sia stato generalmente conosciuto; ed all'opposto nessuno di quei motivi potrebb'essere allegato, se all'istante della celebrazione dell'atto l'error comune fosse cessato, sebbene avesse avuto esistenza anteriormente.

Al momento dunque della celebrazione dell'atto dev'essersi verificato un *errore comune* circa la qualità o la competenza di chi quale ufficiale pubblico riceveva l'atto, o circa la capacità delle persone che vi assistevano quali testimoni, o circa la capacità della parte contraente. Parlare di *errore comune*, è quanto dire che non basterebbe quello in cui fosse incorsa la sola parte che si vale poi di questo mezzo per ottenere la convalidazione dell'atto; neppure basterebbe che a tale errore avessero partecipato altri, se non fossero *il maggior numero*, la generalità di coloro che si trovavano, o che potessero trovarsi in condizioni simili. Solo quando tutti od i più siano incorsi nel medesimo errore, può meritare scusa la parte, che lo ha pure subito, e in causa di esso fece un atto che sarebbe nullo.

" Aut enim *ab omnibus, vel plerisque*, pro tabellione vel
" magistratu quis fuit habitus, aut a paucis tantum, qui
" eum adiverunt. *Si a paucis* tantum, nihil eorum quae
" coram eo ab ipsis *etiam ignorantibus* gesta, subsistet.....
" quia *supinus, et ita* non *excusandus error est, id ignorare,*
" *quod plerique norunt, et quod quis inquirendo diligenter,*
" *potuisset habere notum* „ (1).

Dicendosi che la generalità, o il maggior numero, debba avere partecipato all'errore, acciocchè si possa qualificarlo *comune*, ciò s'intende relativamente al luogo in cui l'atto fu celebrato. " Sufficiet autem errorem esse *communem*
" *in loco, ubi actus est gestus*, quia ibi impedimentum est
" occultum, uti patet ex dicta l. 3, ff. *de off. praet.* Nam
" verosimiliter Barbarii istius conditio in loco, unde fu-
" gerat, fuerit notoria „ (2).

Ma affinchè l'errore comune possa essere allegato, è indispensabile che vi abbia partecipato anche chi vuol farsene un mezzo per sostenere la validità dell'atto da lui compiuto? Il giureconsulto, che ora citammo, dopo riferite le opinioni di altri in senso affermativo, manifestava la propria, favorevole alla validità, non ostante che colui dal quale sia propugnata abbia personalmente conosciuta la causa che rendeva l'atto nullo.

" Posset videri verius, acta valere respectu etiam eorum,
" qui habent scientiam impedimenti; ex eo, quod jura ad
" valorem istorum inspiciunt communem errorem, non
" etiam unius, aut alterius; atque ita, ut aliquorum error
" non sufficit, ut ab inhabili gesta eorum respectu sustine-
" antur, ita nec scientia aliquorum impediet, quin gesta
" taliter valeant. Considerant enim leges, non quae in casu
" particulari, sed communiter accidunt „ (3). Che le leggi contemplino in generale le cose che comunemente acca-

---

(1) V. Voet, *ad Pand.*, lib. I, tit. XIV, n. 6.
(2) V. Zoez, *ad Pand*, lib. I, tit. IX, n. 12.
(3) V. Zoez, loc. cit., n. 21.

dono, anzichè quelle avvenibili soltanto in qualche caso particolare; che l'errore possa giovare alla validità dell'atto quando sia generale, non quando sia di uno o di pochi; che quindi, ancorchè si provi avere effettivamente errato la parte, intorno alla qualità della persona che riceveva l'atto, od alla capacità del testimonio chiamato ad assistervi, od alla capacità di colui col quale contrattava, ciò non basti a sostenere la validità dell'atto, se non sia dimostrato che un tale errore sia stato comune; tutte queste sono verità incontrastabili, ma prive d'ogni influenza sulla questione proposta. Si tratta di stabilire, se non ostante il concorso delle condizioni ordinariamente sufficienti a convalidare per errore comune l'atto, che per se stesso sarebbe nullo, sia nondimeno opponibile all'assunto di tale validità la *mala fede*, in cui siasi trovata la parte che l'invoca, la quale abbia conosciuta al tempo della celebrazione dell'atto la causa che lo invalidava. Proposta la questione sotto questo aspetto, va risolta con tutt'altri principii. Non bisogna dimenticare, che se si ammette potersi sostenere la validità di atti per causa di error comune, ciò è per eccezione alle regole generali, secondo cui quell'atto dovrebbe ritenersi nullo; e questa eccezione non è scritta, nel diritto nostro, in un testo positivo, ma si deriva unicamente dai principii generali di diritto, e si fonda sovra considerazioni di equità e d'interesse pubblico. Ora l'equità non può più essere invocata, quando colui che vorrebbe sostenere la validità dell'atto conosceva, al momento in cui vi deveniva, la causa che lo rendeva nullo, perchè allora non vi è *buona fede* da proteggere; nè può invocarsi la fede pubblica e l'interesse generale, perchè a quella fede pubblica non partecipava colui, che scientemente compiva un atto nullo, e l'interesse generale sta nel non ridurre al nulla una serie di atti avvenuti per ignoranza incolpevole del vero stato delle cose, non già nel dare effetto ad un atto particolare, in favore di chi agiva in piena cognizione della verità, e forse col malizioso proposito di avvantaggiarsi del-

l'errore comune. Così chi conoscesse la incapacità d'una persona creduta dagli altri capace, potrebbe conchiudere con essa un contratto, che le fosse dannoso, colla sicurezza di poter difendere poi la validità del contratto medesimo allegando l'errore comune. Nè regge l'argomento, che si vorrebbe dedurre dalla considerazione che il contraente non potrebbe giovarsi del solo errore proprio individuale per propugnare la validità dell'atto, dicendosi che per pari ragione non abbia a nuocergli la scienza propria, a fronte dell'errore comune. La supposta parità di ragione non sussiste. L'errore individuale può essere talvolta causa d'imperfezione del consenso, e per conseguenza di nullità del contratto, ma non vi sarebbe alcun fondamento per farne all'opposto una causa di convalidazione d'un contratto nullo. Se invece si verifica un *errore comune*, si hanno motivi per ammettere eccezionalmente la convalidazione dell'atto nullo; i quali motivi però cessano di esistere per colui, che contrattando non sia incorso nello stesso errore degli altri, il quale pertanto non può essere giustamente allegabile da lui. Ci sembra per queste ragioni che, almeno nel diritto nostro, non siano da ammettersi gli effetti dell'errore comune a profitto di chi non vi abbia partecipato al tempo della celebrazione dell'atto o del contratto nullo. Un solo effetto può derivare per lui da questo errore comune, una volta che l'abbia dimostrato, cioè *la presunzione naturale* ch'egli pure sia incorso nel medesimo errore in cui erano tutti, o la maggior parte degli altri; di guisa che incomberà all'avversario l'onere della prova che la verità sia stata conosciuta al tempo dell'atto o del contratto da colui che ne propugna la validità appoggiandosi all'errore comune. Ma qualora una tale prova sia somministrata da chi spetta, sarà inevitabile, a veder nostro, la nullità dell'atto o del contratto medesimo.

Non basta poi che l'errore sia stato *comune*, cioè che tutti, o il maggior numero, vi siano incorsi nel tempo e nel luogo in cui l'atto o il contratto avvenne; ma è necessario

che un tale errore sia dipenduto da fatti tali che possano renderlo *scusabile*. La semplice opinione, sebbene generale, ma non appoggiata ad alcun fondamento, non potrebbe giustificare che si convalidassero atti per se stessi nulli. Una simile convalidazione si ammette per guarentigia della *fede pubblica*, ma questa non si può confondere con un crasso errore di molti, o sia pur anche di tutti. Si ammette per equità in favore di chi ha agito in buona fede: ma può allegare la buona fede, può invocare la equità chi ha operato in vista di fatti certi, che davano alla persona del cui ministero si valeva come ufficiale pubblico, a quella con cui contrattava, o che assumeva come testimonio nella celebrazione d'un atto, l'apparenza della capacità, ritenuta parimente da tutti, o dalla maggiore parte degli altri; non chi siasi ciecamente affidato alla sola opinione dei più, senza praticare per conto proprio quelle indagini di fatto, che lo avrebbero facilmente posto sulla traccia del vero. Si ammette pel pubblico interesse, che sarebbe compromesso dall'annullamento d'una quantità talora grandissima di atti; ma è questa una giusta ragione per sostenere gli atti che siano stati compiuti nullamente per un errore generalmente invalso e scusabile, non quelli fatti in onta alla legge in conseguenza d'una falsa opinione, comune bensì, ma da nulla giustificata. Vedremo nei numeri seguenti come questa condizione della *scusabilità dell'error comune*, in ragione dei fatti su cui esso sia fondato, assuma poi aspetti diversi nelle applicazioni, secondochè si tratti di nullità di atti per mancanza di qualità nella persona che li abbia ricevuti quale ufficiale pubblico, o per incapacità d'un testimonio, o d'un contraente. Basti per ora l'avere accennato, per tutti indistintamente i casi predetti, il fondamento di questa massima, insegnata da illustri maestri (1).

La dottrina suole aggiungere un terzo requisito indispensabile affinchè l'*error comune* possa coprire la nullità degli

---

(1) V. Voet, *ad Pand.*, lib. I, tit. XIV, n. 6; Merlin, *Rep.*, v° *Erreur*, § VI.

atti; che, cioè, esso sia *invincibile*. Questa condizione, veramente, viene in qualche modo a confondersi colle altre due precedentemente avvertite; inquantochè se l'errore fu *comune*, e dipendè da circostanze di fatto che lo rendevano *scusabile*, è da presumersi naturalmente che non potesse evitarlo neppure chi in causa di quell'errore compì un atto nullo. Non è inutile però di porre in rilievo questo particolare carattere della *invincibilità*, che deve avere l'errore per essere allegabile al fine di sostener come valido un atto che per sè medesimo sarebbe nullo; perciocchè questo appunto è il motivo fondamentale, che serve a giustificare una simile derogazione alle norme comuni di diritto. Come osserva il *Voet* nel luogo sopra citato, ciascuno è tenuto ad usare la debita diligenza per conoscere la vera condizione di colui col quale contratta, o col ministero o coll'intervento del quale celebra un atto. " Supinus, et ita non excu- " sandus error est, id ignorare... quod quis inquirendo di- " ligenter, potuisset habere notum... et ut nemo debet esse " ignarus conditionis ejus, cum quo, ita nec ejus apud quem " contrahit, actumque gerit ". Se l'errore comune, in cui cadde pure l'autore dell'atto, avrebbe potuto essere da lui evitato facendo le debite indagini con quell'ordinaria diligenza ch'era obbligato ad usare, l'errore stesso, in cui egli incorse, non merita scusa, e cessano quelle ragioni di equità, di protezione alla buona fede, d'interesse pubblico, che danno fondamento all'applicazione della massima " *error communis facit jus* ". Per altro codesta condizione, che l'errore debba essere *invincibile*, non è da intendersi in un senso assoluto, che renderebbe la massima predetta quasi sempre inefficace. Bisogna intenderla in un senso *relativo*, e non solo di impossibilità fisica, ma eziandio *morale* soltanto, di scoprire l'errore (1). E se questo sia stato veramente *comune, e fondato su fatti che lo rendessero scusabile* per quelli generalmente che v'incorrevano, mentre dovrà

(2) V. Demolombe, t. XXI, n. 220.

presumersi — come sopra si disse — che sia stato pure *invincibile* per l'autore dell'atto, la cui validità sia controversa, sarà poi ben difficile il provare in contrario, che usando la diligenza dovuta, quella cioè che conviene ad ogni uomo prudente nella ordinaria trattazione dei propri affari, egli potesse evitare quell'errore. Ma se per circostanze speciali si riuscisse a somministrare questa prova, non potrebbe più l'autore dell'atto sostenerne la validità fondandosi sopra un errore, del quale, trovandosi egli in colpa d'esservi incorso, dovrebbe imputare a se stesso le conseguenze.

Dalla considerazione che la massima " *error communis facit jus* „ è di derogazione alle regole ordinarie, inquantochè serve a sostenere la validità di atti, che per applicazione di queste regole sarebbero da riguardarsi come nulli, deriva naturalmente la conseguenza che debba incombere a chi invochi la massima stessa l'onere di provare che sussista l'errore col concorso dei requisiti sopra indicati (1); salvochè — come fu detto — provato l'errore comune, e il fondamento di esso in circostanze di fatto che lo rendano scusabile, l'altro requisito della *invincibilità* dell'errore ne risulta provato senz'altro in virtù di una presunzione naturale, spettando allora alla parte avversa il dimostrare in contrario, che l'errore sarebbe stato vincibile per la parte a cui viene apposta la nullità dell'atto, qualora al tempo della celebrazione di esso avesse usata quella ordinaria diligenza a cui era tenuta.

Un'altra conseguenza deriva ancora dalla medesima considerazione; cioè che la prova della esistenza dell'errore comune, fondato sopra fatti che lo rendano scusabile ed invincibile, dev'essere piena, e che — come dice un autore — " *ogni minima incertezza deve determinare il giudice* al- " l'applicazione pura e semplice della legge „ vale a dire a dichiarare la nullità dell'atto controverso (2).

---

(1) V. Troplong, *Des don. entre vifs et des testam.*, t. III, n. 1686.
(2) V. Solon, *Tr. des nullités*, ch. IV, n. 384.

115. Esaminiamo ora, sciogliendo la riserva fatta nel numero precedente, quali possano essere le differenze nell'applicazione della massima, che non basta l'*errore comune* a convalidare un atto per se medesimo nullo, se quell'errore non sia derivato da fatti che lo rendano scusabile; secondochè tale applicazione si faccia ai casi di mancanza di qualità nella persona che ha ricevuto come ufficiale pubblico l'atto, od ai casi d'incapacità d'un testimonio intervenuto all'atto stesso, o d'incapacità d'una delle parti.

Quanto alla prima ipotesi, è massima adottata generalmente dalla dottrina, che affinchè l'errore comune sia scusabile, e quindi possa essere invocato allo scopo della convalidazione di un atto, che sarebbe nullo per mancanza di qualità nella persona che lo ha ricevuto come ufficiale pubblico, è indispensabile che questa persona sia in possesso di tale ufficio in virtù di un *titolo putativo* — *colorato*, come dicono — perchè emanato dall'autorità competente a conferire l'ufficio medesimo. Se ciò non sia, il solo *errore comune*, come non potrebbe essere sufficiente per attribuire agli atti della privata persona, che erroneamente fu creduta investita di pubbliche funzioni, quella fede pubblica che non le fu mai attribuita dall'autorità competente, così neppur potrebb'essere veramente scusabile; perchè, come fu detto dal Voet, nessuno essendo ammissibile ad allegare ignoranza della condizione di colui presso il quale contratta — “ Ut nemo debet esse ignarus conditionis ejus, cum quo, “ *ita nec ejus apud quem contrahit, actumque gerit* „ — è sempre imputabile a negligenza della parte il non aver fatte, fidandosi alla sola opinione comune, quelle indagini che avrebbero potuto facilmente porla a cognizione della mancanza della qualità di ufficiale pubblico in quella persona, del cui ministero ciecamente si è valsa. Ma se all'opposto taluno ha celebrato un atto pubblico davanti a chi per disposizione dell'autorità competente era stato investito delle funzioni, per le quali poteva ricevere quell'atto — ancor-

chè ne sia stato investito illegittimamente, talchè dovrebbe seguirne la nullità dell'atto medesimo — quando però per errore comune era reputata legittima quella nomina, è bene scusabile chi celebrò l'atto, di avere partecipato a questo stesso errore, dappoichè doveva supporre che l'autorità competente non avesse proceduto alla nomina stessa senza essersi accertata che concorressero nella persona nominata le qualità necessarie. Così, se anche taluno sia stato generalmente creduto notaio, mentre non ne abbia mai conseguita la nomina, gli atti da lui ricevuti in tale qualità saranno irreparabilmente nulli; mentre invece, se fu nominato notaio, sebbene non fosse cittadino del regno, o non avesse compiuta l'età prescritta, o qualcun altro gli mancasse dei requisiti necessari secondo la legge, potrà essere sostenuta la validità degli atti presso lui celebrati finchè durò l'errore comune, pel quale era reputato legittimamente investito di quelle funzioni.

Questa teoria era insegnata dagli interpreti del diritto romano, i quali ne trovavano appoggio nel testo stesso della legge 3 D. *de off. praet.* che appunto convalidava gli editti decretati dallo schiavo il quale aveva ottenuta la dignità della pretura, perchè questa gli era stata conferita dal popolo.

" Titulus, errore communi reputatus verus, cum talis " non esset, *collatus tamen ab eo, qui conferre potest*, d. l. 3, " facit propter publicam utilitatem, sustineri gesta coram " tali designato Praetore... " (1).

Lo stesso concetto veniva spiegato più ampiamente dal Voet.

" Si ab omnibus aut plerisque pro tabellione vel magi" stratu quis fuit habitus, videndum, utrum magistratus aut " tabellionis titulum impetraverit *ab eis, qui talem creandi* " *potestatem habent, cum tamen in creato legale subesset im*" *pedimentum, quo minus crearetur: an vero numquam hujus-*

(1) Zoez, *ad Pand*, lib. I, tit. IX, n. 32.

“ *modi functio ei vere delata sit.* Si enim solummodo credi-
“ tum vulgo fuerit, ipsum in tabellionum aut magistratuum
“ numerum esse cooptatum, cum tamen nihil tale re ipsa
“ contigisset, solus ille communis omnium aut plerorumque
“ privatorum error non potest facere tabellionem aut ma-
“ gistratum, qui talis non est; eo quod singuli privatim
“ errantes, etiam ut privati considerandi sunt, nec collec-
“ tim considerari queunt, cum nullum commune negotium
“ errore gesserint, nullumque appareat eorum commune
“ factum. Ac proinde, licet omnes erraverunt, omnes tamen
“ atque singuli tanquam privati „ (1).

La stessa dottrina fu pure adottata dagli autori francesi; primo tra i quali il *Merlin* diceva che “ quando si tratta “ d'atti fatti col ministero di ufficiali pubblici, che s'ignora “ essere incapaci a procedervi, *non basta che l'errore sia* “ *generale; ma si richiede ancora ch'esso sia fondato sopra* “ *un titolo colorato, vale a dire che sia stato conferito da colui* “ *al quale ne appartiene il potere* „.

“ L'error comune non basta da solo per convalidare gli “ atti fatti nell'esercizio d'una funzione pubblica da un “ individuo incapace di esercitarla; *bisogna di più che* “ *questo individuo sia stato nominato dall'autorità competente* “ *a quella funzione che ha di fatto esercitata* . . . . . .
“ Solo quando egli sia stato promosso dall'autorità com- “ petente ad un ufficio del quale, per un vizio ignoto, era “ incapace, l'error comune, di cui quel *titolo colorato* for- “ merà nel medesimo tempo l'origine e la scusa, basterà “ per convalidare gli atti, ai quali egli abbia prestato il suo “ ministero „ (2).

Qualora sussistesse la nomina dell'official pubblico, fatta dall'autorità competente, l'*error comune* darebbe anche luogo

---

(1) V. Voet, *ad Pand.*, lib. I, tit. XIV, n. 6.

(2) V. Merlin, *Rep.*, v° *Ignorance*, n. IX, v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n. 3, 26°; Solon, *Tr. des nullités*, n. 375, 376; Ledru-Rollin, *Rep.*, v° *Erreur commune*, n. 19, 24, 25, 26; Aubry e Rau, t. VIII, § 755, 1° n^a^ 5; Laurent, t. XIX, n. 107.

alla convalidazione degli atti che fossero stati da lui ricevuti fuori della giurisdizione assegnatagli. Potrebbe dar motivo di dubitarne la riflessione, che fuori del territorio in cui l'ufficial pubblico è autorizzato ad esercitare le sue funzioni, egli sia da riguardarsi come un privato; e sebbene per error comune sia stato creduto ch'egli avesse diritto di ricevere atti anche in tal luogo, il caso sia parificabile a quello della persona che non fu mai investita delle funzioni pubbliche dall'autorità competente. Però quest'idea mancherebbe di esattezza. Non può in vero paragonarsi a colui che non fu mai investito di funzioni pubbliche chi ne ottenne il conferimento dall'autorità competente, e solo le esercitò anche in luogo in cui non gli era permesso. All'error comune, pel quale si suppone essere stato creduto ch'egli potesse così operare legittimamente, si aggiunge la tolleranza dell'autorità da cui gli era stato conferito l'ufficio; la quale autorità avrebbe dovuto vegliare, ed impedire ch'egli esercitasse il suo ministero fuori della giurisdizione prefissagli; dal complesso delle quali considerazioni, e dalla fede pubblica ch'è impegnata nella conservazione degli atti ch'erano reputati legittimamente compiuti, rimane dunque giustificata la scusabilità dell'errore, in cui anche le parti contraenti incorsero, e la convalidazione perciò di quegli atti, sebbene a rigore di diritto dovessero essere ritenuti nulli (1).

Nell'altra ipotesi, in cui la nullità di un atto dipenda, non da mancanza di qualità nella persona, che come ufficiale pubblico lo abbia ricevuto, ma da incapacità d'uno di quelli che quali testimoni vi siano intervenuti, è chiaro non potersi più parlare di *titolo colorato*, che renda *scusabile* l'errore. Trattandosi in questo caso di una qualità, che non è conferita da un atto di autorità, ma direttamente dipende da una disposizione della legge subordinata a determinati fatti, la supposizione del *titolo colorato* è manife-

(1) V. Solon, *Tr. des nullités*, n. 375.

stamente esclusa. D'altra parte però il solo *error comune* non potrebbe ad ogni modo bastare. Pel principio fondamentale, che abbiamo dimostrato, è indispensabile ch'esso sia accompagnato da circostanze che lo rendano *scusabile*, da circostanze, cioè, che abbiano prodotta la *impossibilità morale di premunirsi da quell'errore*. Le quali circostanze vengono riassunte dalla dottrina nell'unico concetto, che *il testimonio debba avere il possesso incontroverso di quello stato che gli attribuirebbe la capacità*. Invero, se ciò si verifichi, manca ogni fondamento a poter rimproverare alla parte una colpa qualsiasi, per non essersi accertata del vero stato della persona che assumeva come testimonio all'atto che celebrava. Sia pure che il conoscere questo vero stato della persona non possa dirsi assolutamente impossibile; perchè la parte avrebbe avuto modo di rilevarlo compulsando, per esempio, i registri dello stato civile, i quali le avrebbero rilevato essere quella persona priva dello stato di cittadinanza e non residente nello stato. Ma se dello stato di cittadinanza era in possesso pubblico e pacifico, se di cittadino aveva notoriamente esercitati i diritti, e come tale aveva agito in una quantità di atti, senzachè mai la sua qualità e capacità fosse messa in dubbio e contestata, vi era almeno per la parte, che assumeva quel testimonio come capace, la *impossibilità morale* di premunirsi dall'errore comune, perchè non poteva nemmeno pensare al bisogno di fare indagini intorno alla capacità di quel testimonio; e la impossibilità morale deve pur bastare a rendere scusabile l'errore comune, a renderlo allegabile per la convalidazione d'atti che a rigore di diritto dovrebbero essere nulli. “ All'impossibile — disse giusta-“ mente un autore — nessuno è tenuto; e tale massima “ deve intendersi ragionevolmente, umanamente, per la “ impossibilità morale, non meno che per la impossibilità “ fisica „ (1). Questo, d'altronde, non è un principio nuovo;

(1) V. Demolombe, t. XXI, n. 220.

ce lo insegnarono le leggi romane già sopra citate: " Cum " aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore " liber existimabatur, postea autem servus apparuit... testa- " mentum firmum habetur, ac si, ut oportebat, factum " esset: cum eo tempore, quo testamentum signaretur, " *omnium consensu hic testis liberi loco fuerit; neque quis- " quam esset, qui status ei quaestionem moveret* „ (*Inst.* L. II, tit. X, § 7). Se all'opposto il testimonio assunto non fosse in possesso dello stato necessario per la sua capacità, o se, non ostante questo possesso, tale stato gli fosse notoriamente contestato, l'errore, sebbene comune, non potrebbe essere allegato per sostenere la validità dell'atto, perchè non sarebbe *scusabile*, non essendosi la parte trovata nell'impossibilità, neppure morale soltanto, di conoscere la vera condizione di quella persona, e la sua incapacità ad esercitare le funzioni di testimonio, consultando i registri dello stato civile, o facendo quelle altre indagini che fossero state del caso.

Questa dottrina fu egregiamente sviluppata dal *Merlin*, l'autore che ha più completamente trattato di questo argomento dell'errore comune. " In diritto — egli disse — " la *capacità putativa* d'un testimonio incapace non si sta- " bilisce col solo provare che l'opinione della capacità di " lui sia generalmente diffusa; essa non può risultare che " *da una serie d'atti molteplici, i quali costituiscano per lui " un possesso pubblico e pacifico dello stato supposto per quella " capacità*. Infatti, mancando un tale possesso, l'errore, che " attribuisce al testimonio uno stato contrario al suo, non " ha base, e quindi non merita scusa; e l'*errore di fatto " non è scusabile, se non in quanto sia indotto da circostanze, " per le quali sia stato moralmente impossibile di premunir- " sene* „ (1).

In mancanza d'un *possesso pubblico e pacifico* dello stato supposto per la capacità del testimonio, non potrebbe

(1) V. Merlin, *Rep.*, v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n. 3, 26°.

bastare per la convalidazione dell'atto, a cui egli fosse intervenuto, l'aggiungersi all'errore comune, pel quale fosse reputato capace, la dichiarazione ch'egli avesse fatta di tale capacità, e la prova che il notaio ricevente l'atto, e gli altri testimoni avessero prestata fede a tale dichiarazione. Ciò infatti null'altro dimostrerebbe fuorchè la partecipazione del notaio e degli altri testimoni, come della parte contraente, all'errore comune, il quale da solo non può giustificare la convalidazione dell'atto; ma non varrebbe a stabilire la scusabilità di quell'errore, che pure è necessaria.

" Che importa — diceva a tale proposito lo stesso " *Merlin* — quale sia stata l'opinione del notaio e degli " altri testimoni, circa la capacità di quello, per la inca- " pacità del quale l'atto viene impugnato? Non è per la " sola opinione di tutto un comune, o di tutto un cantone, " che si stabilisca la capacità putativa; essa non può risul- " tare che dalla coesistenza d'una tale opinione col pos- " sesso di stato, di cui è la conseguenza... „.

Alcuni autori, non contestando la massima che l'errore comune possa essere allegato per la convalidazione d'un atto, a cui sia intervenuto un testimonio incapace, allorchè questi abbia avuto un possesso pubblico e pacifico di quello stato che gli avrebbe attribuita la capacità; vorrebbero però limitata l'applicazione della massima stessa al caso in cui si trattasse d'*incapacità relativa ai diritti civili o politici della persona;* sostenendo che al contrario " *l'errore* " *sulla età, o sulla parentela, non potrebb'essere coperto da* " *una ignoranza, facile ad essere dissipata* „ (1). Nè può negarsi che un fondamento vi sia per distinguere questi casi diversi; essendo agevole il comprendere che quando la incapacità d'una persona a fungere da testimonio dipenda dall'età non ancora maggiore della persona stessa,

---

(1) V. TOULLIER, t. V, n. 407; DELVINCOURT, t. II, p. 86, n° 3; GRENIER, *Tr. des don. et des test.*, t. II, n. 256.

o dalla parentela di lei con una delle parti, o col notaio, mentre da un lato è sempre possibile conoscere il vero ricorrendo ai registri dello stato civile, d'altro lato poi è ben raro che sussistano speciali circostanze di fatto, le quali abbiano reso almeno moralmente impossibile di evitare l'errore comune circa la supposta capacità di quel testimonio; epperò rimanendo appunto il solo error comune, esso non può essere considerato come invincibile, nè quindi può essere giustificata la convalidazione dell'atto nullo per incapacità del testimonio che ha preso parte alla celebrazione di esso. Nondimeno, in ispeciali circostanze straordinarie possono pure talvolta essersi verificati fatti, i quali abbiano dato un fondamento giustificabile all'errore comune, e lo rendano quindi allegabile per la convalidazione dell'atto. Taluno, per esempio, a cui poco mancava per raggiungere la maggiore età, si credeva averla già superata, aveva conseguito il libero possesso dei propri beni, li amministrava e ne disponeva come maggiorenne, tale era ritenuto da tutti, e come tale era accettato senza difficoltà nè sospetto, nella trattazione degli affari. Ora se in questa condizione di cose egli sarà stato chiamato a prender parte in qualità di testimonio ad un atto pubblico, e in piena buona fede si sarà dichiarato maggiore, e come tale sarà stato ammesso dalle parti interessate e dal notaio con intera sicurezza, senza che da alcuno dei presenti sia stato sollevato il menomo dubbio sulla sua capacità, dovrà ciò non ostante ritenersi irreparabile la nullità dell'atto, come sostengono gli autori sopra citati? Non è già il semplice error comune, che anche in questo caso venga allegato a sostegno della validità; ma si suppone addotto e provato un complesso di circostanze, le quali costituendo una specie di quasi-possesso dei diritti di maggiorità in quella persona, spiegano così e giustificano l'errore comune, dimostrano la *impossibilità morale di premunirsene*, scusano quindi le parti incorse esse pure in quell'errore, e danno luogo a verificarsi tutti quei motivi che hanno fatto am-

mettere la massima *error communis facit jus*. Più raro ancora sarà certamente il caso che circostanze simili possano addursi relativamente alla creduta capacità d'un testimonio veramente incapace a cagione di parentela od affinità con una delle parti o col notaio; ma nemmeno è possibile escluderlo assolutamente. Trattasi, per esempio, di chi, quantunque veramente congiunto nei gradi di parentela o di affinità contemplati dalla legge, al notaio o ad una delle parti, essendo nato in lontano paese era da tutti creduto appartenente ad altra famiglia, verso la quale aveva esercitati i diritti dipendenti appunto dalla parentela, come quelli di alimenti e di successione. Scoperto l'errore, dovrebbesi annullare l'atto a cui questo tale prese parte come testimonio? Anche qui non è il semplice *error comune*, che si pretenda sufficiente a sostenere la validità dell'atto; ma le circostanze da cui si prova essere stata avvalorata l'erronea credenza, per la quale venne quella persona assunta come testimonio all'atto, la dimostrano scusabile, e giustificano la convalidazione dell'atto col favore della massima “ *error communis facit jus* „. Un altro caso si verificò nella giurisprudenza francese, in cui pure fu ritenuta la validità dell'atto, sebbene si fosse potuto dubitarne assai. Un testatore aveva ordinata una quantità di legati a favore d'un numero stragrande di suoi figliocci e figlioccie. Avvenne che uno dei testimoni si trovasse affine in grado vietato con uno dei legatari. Tuttavia fu deciso per la validità del testamento, osservando che per essere così numerosa la quantità dei figliocci del testatore, era tanto difficile da avvicinarsi all'impossibilità il conoscere se fosse tra loro un affine d'un testimonio, epperò l'errore, in cui erano caduti il testatore ed il notaio, doveva riguardarsi come *invincibile*.

Conformemente alle considerazioni sopra esposte, alla teoria dei già citati autori ne viene contrapposta dai più moderni un'altra, secondo la quale il principio, che la *capacità putativa* dei testimoni intervenuti ad un atto equivalga

alla capacità reale, non è generalmente applicabile per le incapacità risultanti dall'età, dalla parentela o dall'affinità; ma a questi casi pure può estendersi in circostanze speciali e straordinarie (1).

116. Secondo quanto abbiamo detto superiormente, la massima " *error communis facit jus* „ può essere applicabile, non solo ai casi di *qualità putativa* di ufficiale pubblico competente, in chi abbia ricevuto un determinato atto, o di *capacità putativa* d'un testimonio intervenuto ad un atto pubblico, ma ancora a quello di *capacità putativa* d'una delle parti, di guisa che l'altra possa invocare quella massima a fine di difendersi contro la domanda di nullità della convenzione o dell'atto, in causa della incapacità di chi ne è autore (2). Questa teoria, veramente, non ha mancato di autorevoli contradditori, i quali hanno detto che " la mas-" sima " *error communis facit jus* „ non può essere invocata " in questo caso, non trattandosi d'un *errore invincibile*, e " dovendosi invece applicare l'altra regola che " *unusquisque* " *debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit* „ (3). E poste le premesse, la conseguenza, che se ne deduce, sarebbe incontestabile. Senza dubbio, dato che l'*errore*, sebbene *comune*, intorno alla capacità d'una delle parti, sia stato *vincibile*, l'avere l'altro contraente partecipato a tale errore non può essere scusabile, e fa d'uopo applicargli in tutto il suo rigore il principio che chi contratta deve usare la debita diligenza per conoscere la condizione vera di colui col quale conviene, e se per avere ommesse le indagini che lo avrebbero condotto a conoscere la verità, cade in inganno, deve imputarlo a se stesso, e subirne le conseguenze. È vero altresì che trattandosi della incapacità personale d'un contraente, il mezzo di vincere l'errore, per cui egli sia stato

(1) TROPLONG, *Des don. entre vifs et des test.*, t. III, n. 1688; DEMOLOMBE, t. XXI, n. 220; AUBRY e RAU, t. VII, § 676, n° 28; LAURENT, t. XIII, n. 286.
(2) V. sopra, n. 114, p. 789 e seg.
(3) VAZEILLE, *Tr. du mariage*, t. II, n. 315; ZACHARIÆ, t. II, § 472, n° 91.

ritenuto generalmente capace, può trovarsi sempre nei registri pubblici, che ad ognuno è lecito compulsare. Non bisogna però dimenticare che la *invincibilità* richiesta nell'*errore comune*, perchè sia *scusabile*, e giustifichi perciò la convalidazione d'un atto, che per sè medesimo sarebbe nullo, non è da intendersi nel senso assoluto, d'una impossibilità fisica di evitare l'errore, ma nel senso relativo, d'una impossibilità morale. Partendo da questo concetto, si può bensì ripetere, rispetto alla creduta capacità d'uno dei contraenti, ciò che fu detto nel numero precedente circa la capacità putativa d'un testimonio intervenuto ad un atto pubblico; che, cioè, solamente in rari casi di eccezione si potrà verificare che l'errore comune — il quale da solo non può giustificare mai la convalidazione d'un atto nullo — sia stato accompagnato da circostanze tali, che dandogli un fondamento giustificato, dimostrino la impossibilità, almeno morale, di evitarlo, lo rendano quindi scusabile, e diano ragione di ammetterne l'allegazione allo scopo di far dichiarare valido l'atto che sarebbe nullo. Non è escluso però che simili circostanze possano qualche volta avverarsi; ed allora sarebbe ingiusto rigettare sulla parte le conseguenze d'un errore, senza cui non avrebbe contrattato coll'incapace, e che non solo era comune a tutti o alla maggior parte degli altri, ma dipendeva da circostanze di fatto che lo facevano scusabile, perchè rendevano moralmente impossibile al contraente l'evitarlo. Gli esempi faranno anche qui più chiaro il concetto, e ne dimostreranno meglio la verità.

Taluno ha contrattato con un minore non emancipato senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, o con un minore emancipato senza l'assistenza del curatore, o senza l'adempimento delle formalità abilitanti prescritte dalla legge. Il contratto, quindi, sarebbe nullo, giusta la disposizione dell'art. 1303 del codice. Ma si può riprodurre qui pure un'ipotesi simile a quella che figurammo nel numero precedente, relativamente a chi sia intervenuto ad

un atto pubblico come testimonio. Quel minorenne, assai prossimo alla maggiore età, credeva egli stesso, ed era creduto da tutti, averla già raggiunta; il suo tutore gli aveva consegnati i beni e reso il conto della gestione, ed egli agiva liberamente e pubblicamente come persona pienamente capace, amministrando il suo patrimonio e disponendone.

Altri ha acquistati beni immobili, o stipulata ipoteca da una donna maritata, o fatto con lei qualcun altro degli atti contemplati nell'art. 134 del codice civile, senzachè fosse prestata l'autorizzazione del marito o l'autorizzazione giudiziale nei casi previsti dall'art. 136. Ma nel luogo in cui la donna risiede, si è riuscito a tenere occulto quel matrimonio, celebrato altrove; e costei è stata da tutti reputata nubile, è stata sempre chiamata col solo nome della famiglia propria, ha esercitato liberamente tutti i suoi diritti e tutte le sue azioni, ed ha consentiti atti d'ogni specie senza assoggettarsi mai ad alcuna autorizzazione altrui. Ovvero fu ritenuto da tutti che quella donna fosse vedova, perchè il marito di lei, trovatosi in un combattimento in cui molti perirono, non ricomparve per lungo tempo, e si sparse e fu creduta generalmente la notizia che fosse stato ucciso, notizia confermata anche dalla comparsa del nome di lui fra quelli dei combattenti di cui fu annunziata pubblicamente la morte.

Altri ancora ha contrattato con chi credeva rappresentante legittimo d'un minorenne o d'un interdetto, mentre alla qualità di tutore in costui si opponeva una causa legale d'incapacità, di esclusione o di rimozione; ovvero l'atto di nomina del tutore dativo era infetto d'un vizio pel quale venne poi annullato. Ma il creduto tutore era posto di fatto e pubblicamente nell'esercizio di tali funzioni, prendeva parte, in questa supposta sua qualità, alle deliberazioni del consiglio di famiglia, e da niuno gli era contestata o messa in dubbio, al tempo del contratto, la qualità predetta.

Ora in questi e simili casi sarebbe da escludersi l'alle-

gabilità dell'errore comune, che venisse invocato per proteggere la buona fede del contraente, e dargli fondamento a sostenere la validità dell'atto, che in conseguenza di quell'errore avesse compiuto? Se null'altro si adducesse che il semplice errore comune, non vi ha dubbio che la pretensione di evitare con questo solo mezzo la nullità dell'atto dovrebbe essere respinta. Già lo dimostrammo (1) nè occorre di ripetere quegli argomenti, d'altronde abbastanza evidenti. La parte che si difende contro la dedotta nullità di un atto, allegando l'errore in cui è incorsa, non basta che adduca e dimostri essere stato quell'errore comune a tutti od al maggior numero, nel luogo e nel tempo in cui contrattò; ma deve provare inoltre che a quell'errore dessero causa fatti tali da renderlo scusabile, e da produrre la impossibilità se non altro morale, di riuscire a scoprirlo, praticando quella ordinaria diligenza che gli uomini prudenti sogliono usare nella trattazione dei loro affari. Nelle circostanze, però, che abbiamo supposte, l'assunto della validità dell'atto non si appoggierebbe al semplice errore comune, ma al concorso inoltre di fatti, da cui quell'errore sarebbe giustificato; consistendo tali fatti nel possesso pubblico e pacifico che l'altra parte aveva di uno stato che veramente non le competeva, nell'esercizio notorio e incontestato ch'essa faceva di quei diritti, i quali supponevano la capacità di lei per l'atto di cui vuolsi sostenere la validità. In tale condizione di cose non può certamente ascriversi a colpa del contraente d'aver esso trattato con un incapace, nè può negarsi che l'errore in cui egli è incorso cogli altri sia *scusabile*. Si opporrà forse che quell'errore non era però *invincibile*, perchè era possibile al contraente di conoscere il vero, facendo indagini più diligenti? Ma bisogna rammentarsi che questa idea della invincibilità non dev'essere presa in un senso troppo assoluto, e che basta la impossibilità morale, in cui siasi trovato il con-

(1) V. sopra, n. 114, p. 805, 806.

traente, di conoscere la verità. Ora, a fronte di un possesso di stato esercitato dall'altra parte in modo pubblico, pacifico e costante, non potendo neppure essere sorto nel contraente il dubbio che fosse ancora minore di età chi agiva pubblicamente e senza contestazione come maggiorenne; che fosse maritata la donna reputata da tutti nubile o vedova, e che come tale disponeva liberamente delle proprie sostanze; che non fosse vero tutore del minorenne o dell'interdetto colui che in tale qualità era ammesso ad esercitarne tutte le funzioni; è chiaro che il contraente stesso non poteva neppur pensare al bisogno od all'opportunità di fare indagini sul vero stato della persona con cui trattava; che quindi vi era impossibilità morale per lui di sottrarsi a quell'errore comune a cui partecipava, e in questo aspetto tale errore deve considerarsi come invincibile, e quindi scusabile. Invero nei casi proposti, date le circostanze che supponemmo, concorrono certamente i motivi che fecero ammettere la massima " *error communis facit jus* "; la protezione della buona fede, in cui agì chi fece un atto che sarebbe nullo, credendolo valido in conseguenza di un errore comune, che gli era moralmente impossibile vincere; e l'interesse pubblico, per non lasciare luogo all'annullamento d'una serie numerosa di atti " *ne* " *plurima negotia, bona fide gesta, rescinderentur cum detri-* " *menta reipublicae* ". Il diritto romano favoriva queste idee; poichè, come già ricordammo, la L. 3, ff. *De S. C. Maced.*, faceva eccezione alla regola della nullità del mutuo contratto da un figlio di famiglia, quando questi " paterfa- " milias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, " sic muneribus fungebatur "; vale a dire che si considerava come equivalente a capacità vera la *capacità putativa*, quando questa fosse fondata sopra un pubblico e pacifico possesso di stato.

Le stesse massime erano osservate nell'antico diritto francese. Ecco ciò che scriveva a tale proposito il *Pothier:*
" Allorchè il pubblico ha avuto giusto motivo di credere

" appartenente ad una persona uno stato, che veramente
" non aveva, l'interesse del commercio e della società civile
" esige che questa persona possa fare i medesimi atti che
" farebbe se in tale stato realmente si trovasse; altrimenti
" l'errore del pubblico sullo stato di questa persona, tur-
" berebbe il commercio, e sarebbe di pregiudizio a tutti
" coloro che avessero a fare con lei. Secondo questi prin-
" cipii, qualora l'errore in cui sia il pubblico circa lo stato
" di una donna ritenuta vedova, abbia giusto fondamento
" in certificati regolarmente rilasciati, ed attestanti la
" morte del marito, tutti gli atti e contratti fatti senza
" autorizzazione da questa donna, che passava per vedova,
" quantunque tale non fosse, sono altrettanto validi come
" se ella fosse stata realmente vedova; come ritengono i
" dottori sulla L. *Barbarius Philippus*, ff. *de off. praet.* „.

Altrove il medesimo autore parlava del caso d'una donna maritata, la quale per errore comune fosse reputata nubile; e si esprimeva così:

" Quando una donna, non convivente col marito, della
" quale nel luogo di sua dimora sia stato ignorato il ma-
" trimonio, e che perciò sia reputata nubile dal pubblico,
" faccia in quel luogo qualche contrattazione, essa si ob-
" bliga verso coloro coi quali contrae. Non essendo stato
" guari possibile, in tal caso, alle persone che abbiano
" contrattato con questa donna, d'informarsi s'ella fosse
" maritata, o no, non si può imputare a loro di non aver
" fatte simili indagini; e diviene applicabile al caso stesso
" la legge *Barbarius Philippus*, 3 ff. *de off. praet.* „ (1).

I commentatori del codice napoleonico — eccettuati quelli che citammo in principio di questo numero — opinarono anch'essi nel medesimo senso (2).

---

(1) V. Pothier, *Tr. de la puissance du mari sur les personnes et les biens de la femme*, n. 28, 54.

(2) Toullier, t. I, n. 623; Duranton, t. I, ed. Br., n. 1082; Solon, *Tr. des nullités*, t. 1, n. 378; Demolombe, t. IV, n. 332; Aubry e Rau, t. I, § 115, n. 11, 12.

Nella nostra giurisprudenza trovasi una decisione che accennerebbe ad escludere l'applicabilità della regola " *error communis facit jus* „ allorchè l'errore cada, non sulla qualità di pubblico ufficiale, o sulla capacità dei testimoni, ma sulla capacità d'uno dei contraenti. Ed anzi la massima estratta dal raccoglitore sarebbe decisamente in questo senso, giacchè fu enunciata nei termini seguenti: " La regola che " *error communis facit jus* „ è applicabile " quando si tratta di errore sulla capacità di pubblico uffi- " ciale e dei testimoni, ma giammai quando si tratta di " errore sulla capacità delle parti contraenti „. Non era però così che la sentenza avesse veramente pronunciato. Essa riferivasi soltanto alla giurisprudenza anteriore; dicendo che le applicazioni in questa verificatesi della regola " *error communis facit jus* „ riguardavano sempre l'errore " sulla qualità della persona che aveva ricevuto come ufficiale pubblico un atto, o sulla capacità dei testimoni intervenutivi, ma nessuna sentenza si aveva, in cui fosse dichiarata applicabile la regola stessa all'errore sulla capacità d'uno dei contraenti. Nè su tale questione ebbe necessità di spiegare decisamente opinione la Corte in quel suo arresto, poichè ritenne e dimostrò che " nella fattispecie " *non si verificarano neppure le condizioni richieste per sta-* " *bilire l'errore comune* „ (1). È sempre mal sicuro appoggiarsi all'autorità delle decisioni giudiziarie, affidandosi alle massime enunciate dai raccoglitori, senza curarsi di esaminare diligentemente il testo delle decisioni medesime, e riflettere sulle fattispecie in cui furono proferite.

117. Nell'antico diritto francese era osservata una massima, consacrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, secondo cui non era proponibile la nullità di un atto, se dall'inosservanza, che si lamentasse, d'una disposizione di

(1) V. Sentenza della Corte d'appello di Torino, 8 maggio 1868 (*Giur. It.*, vol. XX, p. 2, col. 380-382).

legge, non fosse derivato realmente qualche danno. “ *Point de nullité sans grief* „ si diceva, fondandosi sulla considerazione che “ le leggi avendo principalmente per oggetto “ l'ordine pubblico e la conservazione degl'interessi par- “ ticolari, le loro disposizioni non avevano nè potevano mai “ avere importanza, fuorchè in quanto dall'inosservanza “ di esse dovesse risultare un danno qualsiasi: l'assenza “ completa del quale avrebbe privata di tutta la sua gra- “ vità la contravvenzione, talchè sarebbesi disconosciuta “ la volontà del legislatore e la equità, qualora si fosse “ fatta tuttavia derivare da quella contravvenzione la nul- “ lità di un atto o di un contratto „ (1).

I Parlamenti di Francia avevano introdotta questa regola, allo scopo principalmente di porre un argine a controversie mosse da contendenti di mala fede, i quali per sottrarsi ad obbligazioni legittimamente assunte, o per dilazionarne l'adempimento, accusavano violazioni di legge, che però non li avevano pregiudicati in nessun modo. Non era solo l'interesse a proporre la nullità, che si richiedesse con questa regola; ma si esigeva che chi agiva in nullità o la eccepiva dimostrasse essere stato prodotto un danno effettivo per lui da quello stesso inadempimento d'una disposizione di legge, che adduceva come causa di nullità. Da ciò si comprende facilmente come all'autorità giudicante ne risultasse attribuito un potere amplissimo di apprezzamento nello stabilire se un danno vero si fosse, o no, verificato, e se quindi dovesse ammettersi o respingersi la domanda o la eccezione di nullità. E ciò si accordava naturalmente coll'autorità suprema conferita allora ai Parlamenti. Ma sebbene l'autore, che abbiamo sopra citato, opinasse “ non esistere nelle nuove leggi alcuna disposizione, “ la quale potesse far supporre non essere passata nella “ legislazione moderna quella massima, che l'antica giu- “ risprudenza aveva stabilita, e che la Corte di cassazione

(1) Solon, *Tr. des nullités*, t. I, n. 407.

" e le Corti d'appello avevano più volte applicata, e gli
" autori non ponevano in dubbio „; altri più recenti scrittori giustamente osservarono che " la massima *sans grief*,
" *point de nullité*, ammessa dalla giurisprudenza degli antichi
" parlamenti, non è più conciliabile coi doveri dei tribunali,
" le cui attribuzioni sono ora limitate dal principio costi-
" tuzionale della separazione dei poteri legislativo e giudi-
" ziario. Semplice organo della legge, il giudice non può
" soprapporsi all'autorità di essa, astenendosi per ragioni
" di fatto dedotte dalle fattispecie che gli sono proposte
" a decidere, dal pronunciare una nullità che risulti dal
" testo o dallo spirito della legge. I tribunali possono cer-
" tamente, ed anzi devono decidere che tale o tale altra
" condizione o formalità non sia richiesta sotto pena di
" nullità virtuale, allorchè la inosservanza di quelle con-
" dizioni o formalità non sia di tal natura da offendere gli
" interessi legittimi di coloro a cui vantaggio furono stabi-
" lite, nè quindi da compromettere la perfetta realizza-
" zione dello scopo che il legislatore erasi prefisso di
" conseguire. Ma altro è il dichiarare che una data regola
" non sia prescritta a pena di nullità, ed altro è il rifiu-
" tarsi di pronunciare una nullità, che pur dovrebb'essere
" riconosciuta in principio, adducendone a pretesto che
" l'inosservanza della legge non abbia in fatto prodotto
" alcun danno per chi invoca la nullità stessa „ (1). E questa ci sembra la verità. Anche il primo autore che citammo riconosceva essere una semplice regola d'interpretazione quella " *qu'il n'est point de nullité sans grief* „ e potersi applicarla nei soli casi in cui la volontà del legislatore lasci luogo a qualche dubbiezza; mentre " *quando la dispo-*
" *sizione della legge sia chiara, precisa, esente da ogni equi-*
" *voco*, il giudice non può dispensarsi dal pronunciare la
" nullità, nè entrare in indagini sul maggiore o minore
" interesse, che le parti abbiano a proporla „ (2). Con ciò

(1) Aubry e Rau, t. I, § 37, n° 10.
(2) V. Solon, l. c., n° 415.

per altro egli alludeva evidentemente alle *nullità testuali*, che ammetteva doversi pronunciar sempre dai giudici, ancorchè chi ne domandava la dichiarazione non potesse allegare alcun pregiudizio derivatogli da quella ommissione di condizioni o formalità da cui la nullità stessa sarebbe dipendente; ma riteneva che trattandosi di *nullità virtuali*, non potessero esse reputarsi verificate qualora la contravvenzione alla legge, nell'atto di cui si deducesse la nullità, non avesse prodotto alcun danno positivo per chi la invocasse. Ora è ciò, che non sembra ammissibile. Non vi è distinzione a fare tra nullità *testuali* e nullità *virtuali*, rispetto all'obbligo che i giudici hanno di pronunciarle indipendentemente da ogni considerazione del danno che l'inosservanza della legge possa aver prodotto per chi invoca quelle nullità. Tutte ugualmente esse dipendono dalla disposizione della legge, e non mai dall'arbitrio del giudice; sia poi che la volontà del legislatore sia manifestata da una dichiarazione espressa, o solo dallo spirito delle disposizioni di lui. Certo è che nella indagine diretta a stabilire se si verifichi una nullità *virtuale*, potrà avere una decisiva influenza la considerazione che l'inadempimento della condizione o formalità, la cui mancanza venga addotta come causa di nullità, *non abbia potuto arrecare alcun pregiudizio;* perocchè in tale ipotesi essendo accertato che anche senza quella condizione o formalità l'atto poteva raggiungere lo scopo voluto dal legislatore, mancherà il fondamento della nullità virtuale. Ma se all'opposto risulti che quella condizione o formalità sarebbe stata indispensabile per la realizzazione completa del fine che il legislatore erasi proposto prescrivendola, il giudice dovendo riconoscere che secondo la mente del legislatore l'atto mancante di tale condizione o formalità è da riguardarsi come infetto di nullità, non potrà esimersi dal pronunciarla, qualora la dichiarazione siane chiesta da chi abbia veste legittima per poter fare tale domanda, ancorchè a costui individualmente non nuoca l'ommissione nell'atto di quella condizione o formalità.

Quest'ultima riflessione giova, se non erriamo, a porre in rilievo un punto, che inavvertito potrebbe dar luogo ad equivoco in questa teoria. La massima dell'antico diritto francese “ *sans grief, point de nullité* „ non si riferiva alle condizioni sotto cui una persona possa avere qualità per prevalersi d'una nullità; ma si riferiva alla nullità in sè stessa, negando che potesse mai essere dichiarata qualora chi la proponesse non avesse ad allegare alcun danno che le fosse derivato da quella ommissione di condizioni e formalità su cui fondava la domanda di nullità. L'una di queste cose è ben distinta dall'altra, e bisogna guardarsi dal confonderle. Non vi è dubbio, che se chi chiede la dichiarazione di nullità non vi abbia interesse giuridico, perchè l'essere valido o nullo quell'atto sia per lui indifferente, la sua domanda dovrà essere respinta, perchè nessuna azione è concepibile senza un interesse legittimo su cui abbia base. Altri potrà proporre la domanda per dichiarazione di nullità, se questa abbia fondamento; non egli. Ma se all'opposto l'atto difettando di qualche condizione o formalità richiesta dalla legge, supposto che fosse valido, gli nuocerebbe, egli ha interesse legittimo a proporne od eccepirne la nullità; e ciò quand'anche le condizioni o formalità inadempite non riguardino l'interesse di lui, e l'ommissione di esse non gli arrechi quindi nè possa arrecargli alcun danno.

Così, dunque, non può ritenersi applicabile in diritto nostro l'antica massima del diritto francese “ *sans grief, point de nullité* „ nel senso che sia indispensabile l'essersi risentito un danno dal proponente, per l'inadempimento di condizioni o formalità richieste dalla legge in un atto, affinchè possa da lui esserne chiesta la dichiarazione di nullità. Ma è vero sempre che se l'atto, ancorchè valido, non potrebbe arrecare alcun danno ad una determinata persona, questa non ha alcun interesse legittimo a prevalersi della nullità di cui quell'atto sia infetto, e manca perciò di qualità a poter proporre, sia in via di azione che

di eccezione, codesta nullità, che altri possono invocare. Solamente si tratta appunto in ciò, non della nullità in se stessa, ma della mancanza di qualità legittima, in una determinata persona, per poterla proporre in giudizio; e il danno, la cui esistenza può invece autorizzare l'esercizio dell'azione o dell'eccezione di nullità, per parte d'altre persone, non riguarda l'omissione di condizioni o formalità da cui la nullità dipenderebbe, ma riguarda l'atto stesso, che supposto valido, sarebbe opponibile a chi ne chiede l'annullamento.

Con ciò che abbiamo detto delibammo già in parte l'argomento, la cui trattazione proponemmo in questo numero, cioè delle persone che possono prevalersi delle nullità, poichè abbiamo stabilito questo primo punto fondamentale, che niuno possa proporre od eccepire la nullità di un atto, se a far ciò non abbia un interesse legittimo, perchè quell'atto, supponendolo valido, gli sia opponibile e gli nuoca. È questo un principio generale, derivante dall'altro che nessuna azione può essere esperibile, nessuna eccezione opponibile, se all'esercizio di essa non dia fondamento un interesse legittimo; epperò si deve applicarlo generalmente a qualunque caso di azione od eccezione di nullità, senza farsi luogo ad alcuna distinzione tra le diverse specie di questa. Che anzi, quand'anche si tratti, non di semplice nullità, ma di vera ed assoluta inesistenza giuridica di un atto, neppure questa può essere opposta da chi non abbia interesse legittimo a ciò; val dire da colui contro il quale quest'atto, ancorchè avesse esistenza giuridica, non potrebbe avere effetti, nè produrgli pregiudizio alcuno; su ciò demmo già qualche cenno (1).

Mentre però è certa ed assoluta la massima, che senza un interesse legittimo a niuno sia lecito proporre azione od eccezione di nullità d'un atto o d'un contratto, non è invece da ammettersi, se non con qualche distinzione e

(1) V. sopra, n. 97, p. 531, n. 102, p. 677.

limitazione, la regola inversa, che ogni interessato possa promuovere tali azioni, od opporre tali eccezioni. Certamente, dato che una disposizione di legge testualmente o virtualmente pronunci la nullità di un atto, chi abbia interesse a prevalersi di tale disposizione, perchè quell'atto, se valido, produrrebbe effetti in suo danno, avrà pure, di regola, il diritto di proporre od eccepire la nullità. Ciò è conforme al principio fondamentale che dall'interesse giuridico delle persone fa dipendere l'esercibilità per parte loro delle azioni e delle eccezioni; è conforme anche allo scopo di quelle speciali disposizioni legislative da cui le nullità dipendono, poichè queste così gravi sanzioni sono introdotte appunto per proteggere gl'interessi di coloro che dagli atti compiuti in contravvenzione alla legge potrebbero essere pregiudicati. E ne deriva una conseguenza importantissima; che cioè non vi è bisogno d'una disposizione espressa del legislatore, per attribuire ad una parte il diritto di proporre od eccepire la nullità, ma basta l'interesse giuridico ch'essa parte abbia a farla dichiarare; ed oltre a questa non incombe all'autorità giudicante altra indagine che di esaminare se piuttosto il legislatore abbia esplicitamente od implicitamente vietato a quella determinata persona l'esercizio dell'azione o la proposta della eccezione di nullità.

Invero, si verifica in molti casi che per motivi d'ordine pubblico, o di convenienza, la legge limiti a determinate persone la proponibilità dell'azione o dell'eccezione di nullità, sebbene altre persone possano avere interesse a prevalersene, di guisa che, secondo la regola generale, dovrebbe loro competerne il diritto. Sono queste eccezioni ad un principio generale, non ammissibili perciò se non quando risulti positivamente accertata la intenzione del legislatore di limitare a determinate persone la facoltà di promuovere la dichiarazione della nullità od eccepirla; in mancanza di che, basta l'interesse legittimo che qualsiasi persona possa allegare, per attribuirle diritto e qualità a proporre od op-

porre la nullità medesima. È in sostanza la teoria concernente la distinzione fra *nullità assolute* e *nullità relative*, che riceve qui la sua applicazione. E vedemmo infatti a suo luogo che, secondo l'insegnamento d'illustri giureconsulti “ ogni nullità deve reputarsi assoluta, salvo che il legislatore abbia espressamente limitato a determinate persone “ il diritto di proporla, o tale restrizione risulti virtualmente “ dal motivo su cui la nullità è fondata „ ed indicammo alcuni esempi di *nullità relative*, e perciò non proponibili che da quelle determinate persone in cui favore sono state introdotte dalla legge; non mai da altre, quantunque potessero allegare un interesse effettivo all'annullamento di un atto (1). Così relativa è la nullità del contratto per incapacità civile d'una delle parti contraenti, eccettochè la incapacità derivi da interdizione per causa di pene; e l'altra parte, capace di obbligarsi, *non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, della donna maritata con cui contrattò*, ancorchè abbia un interesse reale a fare annullare il contratto, perchè le riesca dannoso (art. 1107 cod. civ.).

Un autore annoverò tra gli esempi di *nullità relativa* quello d'una iscrizione ipotecaria, che manchi di qualcuna delle enunciazioni essenziali nelle relative note (art. 2148 cod. franc. — 1987, 1998 cod. it.); osservando che quelle enunciazioni sono richieste unicamente per l'interesse dei terzi creditori, o acquirenti dei beni ipotecati, e la mancanza di esse non potrebbe quindi essere addotta dal debitore che ha consentita l'ipoteca, per far annullare la iscrizione (2). Non sembra però esatto questo concetto. La nullità, che in questa materia è dal nostro codice espressamente stabilita nel ricordato articolo 1998, non può qualificarsi come *relativa*, poichè non è introdotta a vantaggio di determinate persone, ma in genere di chiunque possa

(1) V. sopra, n. 108, p. 736 e seg.
(2) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 438.

avere interesse a farla dichiarare; nè il testo della legge, nè i motivi della nullità stessa inducono a restringere ad alcuni soltanto il diritto di proporla. Ben è vero che il debitore, dal quale l'ipoteca fu consentita, non potrebbe prevalersi di quella nullità; ma ciò per un altro motivo, perchè cioè l'interesse, che pure egli potrebbe realmente avere a proporla, non sarebbe un *interesse legittimo*, inquantochè egli è tenuto all'adempimento della obbligazione contratta sotto la guarentia di tutti i suoi beni, siano o non siano ipotecati; e gli effetti dell'ipoteca iscritta riguardano unicamente i rapporti tra il creditore, a cui essa appartiene, e gli altri creditori, o i terzi acquirenti dei beni ipotecati. Così è che la nullità, quantunque assoluta, dipendente da ommesse enunciazioni nel titolo costitutivo dell'ipoteca o nelle note d'iscrizione, non potrebbe essere opposta dal debitore, per non trovarsi egli fra quelle persone aventi un *legittimo interesse*, per le quali il carattere assoluto della nullità la renderebbe proponibile.

L'azione o la eccezione di nullità, assoluta o relativa che essa sia, fondandosi generalmente sopra un interesse patrimoniale, è quindi in questo aspetto trasmissibile dalla persona, che in origine poteva prevalersene ad altre, pei medesimi titoli coi quali possono in generale trasmettersi tutte le altre azioni. Così non vi ha dubbio, innanzi tutto, che se colui al quale competeva un'azione di nullità, sebbene relativa, sia morto senza averla esercitata, ma prima che fosse trascorso il termine utile per poterlo fare, gli eredi di lui avranno qualità per intentare ancora l'azione durante il tempo che rimaneva al loro autore, e nel medesimo modo e sotto le stesse condizioni con cui ciò era lecito all'autore medesimo. Ma ciò presuppone, come notammo, che sia patrimoniale, pecuniario l'interesse che dia fondamento all'azione. Un interesse puramente morale — qual'è, per esempio, quello che può avere il marito a fare annullare un atto compiuto dalla moglie senza la necessaria autorizzazione di lui — non renderebbe l'azione di nullità trasmissibile per successione ere-

ditaria. È perciò che nell'art. 137 del nostro codice civile è dichiarato, che la nullità derivante dal difetto di autorizzazione può essere opposta sì dal marito che dalla moglie, ma *gli eredi* di quest'ultima soltanto hanno qualità per proporre tale nullità, non quelli del marito.

È certo del pari che alla medesima condizione, del fondamento in un interesse pecuniario, l'azione di nullità è suscettibile anche di trasmissione a titolo particolare, o gratuito od oneroso; ma a ciò non può farsi luogo al contrario qualora l'interesse sia meramente morale; ed è perciò che nel predetto articolo 137, fra le persone che possono opporre la nullità derivante dal difetto di autorizzazione maritale, sono annoverati anche gli *aventi causa della moglie*, ma non gli aventi causa del marito.

La cessione di un credito comprende eziandio la trasmissione al cessionario dell'azione colla quale il cedente poteva far annullare la convenzione o l'atto da cui il credito risultava? Autorità cospicue stanno per la risoluzione negativa, reputando necessaria una stipulazione particolare affinchè il cessionario sia ammessibile ad intentare le azioni di nullità o di rescissione, che il cedente avrebbe potuto esercitare (1). Altri invece ridurrebbe la questione ai puri limiti di fatto, sostenendo non potersi risolverla *a priori*, ma tutto dipendere dalla interpretazione della volontà delle parti contraenti (2). E che alla intenzione loro debba in ultimo essere subordinata la maggiore o minore estensione da attribuirsi agli effetti della cessione, non è cosa che possa lasciar luogo a dubbio. Ma la difficoltà ci sembra dover consistere appunto nello stabilire quale sia la massima da seguirsi, qualora la volontà delle parti nè sia stata espressa, nè risulti abbastanza accertata da argomenti deducibili dall'atto della cessione.

Ora in tale ipotesi reputiamo doversi piuttosto propen-

(1) Zachariæ, t. I, § 359 bis, nº 22; Aubry e Rau, t. IV, § 359 bis, nº 49.
(2) Laurent, t. XXIV, n. 535.

dere a ritenere non compresa nella cessione l'azione di nullità, che il cedente avrebbe potuto esercitare. Il credito, e l'azione di nullità con cui può essere impugnato l'atto dal quale il credito stesso risulta, sono infatti due diritti affatto distinti; la cessione d'uno dei quali non importa quindi per sè stessa la trasmissione dell'altro. Ora nella determinazione dell'oggetto d'una alienazione non si può certamente andare al di là della chiara manifestazione della volontà dell'alienante, e nel dubbio bisogna attenersi al meno, anzichè trascendere al più. Secondo l'art. 1541 del nostro codice, corrispondente al 1692 del codice francese, *la cessione di un credito comprende anche gli accessori di esso*; ma non può considerarsi come accessoria al credito l'azione di nullità contro l'atto da cui questo risulta. Ciò che è accessorio coesiste col principale; mentre l'azione di nullità tende a distruggere l'atto, e con esso il credito che ne forma oggetto. La conclusione nostra sarebbe pertanto questa: che nella cessione di un credito, nella quale nulla sia espresso circa l'azione di nullità, che il cedente avrebbe potuto promuovere contro l'atto costitutivo del credito stesso, sia da presumersi che tale azione non sia compresa; salvochè dall'atto di cessione implicitamente risulti una opposta volontà delle parti contraenti.

Diverso è il punto di vista da cui bisogna partire, a nostro avviso, allorchè si tratti di cessione, avente per oggetto, non un determinato credito o diritto particolare, ma generalmente tutti i diritti e le azioni appartenenti al cedente, in dipendenza d'una determinata qualità o di un determinato atto; per esempio, tutti i diritti che il cedente abbia conseguito per una successione ereditaria. Anche qui ad una opinione, secondo la quale la cessione dovrebbe reputarsi comprensiva anche dell'azione di nullità di un atto, che fosse tra i diritti esperibili dal cedente (1) se ne contrappone un'altra, che abbandona all'apprezzamento dei tribu-

(1) Duvergier, *De la vente*, t. II, n. 222; Troplong, *De la vente*, n. 916.

nali, esaminando i termini dell'atto e la comune intenzione delle parti, il decidere se le azioni di nullità o di rescissione siano, o no, da reputarsi comprese nella cessione (1). Ma qui pure dobbiamo ripetere la medesima osservazione; che se la volontà delle parti, rettamente interpretata, è veramente quella che in ultima analisi deve dare fondamento alla risoluzione della questione, resta però sempre da stabilire quale sia il punto da cui si debba partire; e cioè, se nel dubbio sia da presumersi che la cessione generale di diritti comprenda anche l'azione di nullità, e sia da richiedersi quindi la prova positiva d'una contraria volontà delle parti contraenti, o se all'opposto si debba presumere che la trasmissione dell'azione di nullità sia esclusa, salvochè si dimostri la intenzione delle parti di comprenderla nella cessione.

Posta la questione in tal modo, ci sembra chiaro, che, a differenza del caso di cessione di un diritto particolare, in quello di cessione di tutti i diritti dipendenti da una qualità o da un atto determinato siano da presumersi incluse anche le azioni di nullità facienti parte del compendio di diritti trasmesso, tale essendo la conseguenza più naturale della generalità della cessione quanto agli oggetti che abbraccia.

Al cessionario non può essere parificato il terzo, che pagando ciò che è dovuto dal debitore ottiene la surrogazione nei diritti del creditore (art. 1251-1254 cod. civ.). Il pagamento, ancorchè fatto *con surrogazione*, è pur sempre un modo di estinguere l'obbligazione; ed essa è realmente e definitivamente estinta quanto ai rapporti del creditore. È solo per una finzione di legge, creata allo scopo di facilitare la liberazione dei debitori, che si considera il credito estinto come tuttora esistente a favore del surrogato, con tutti i diritti e le guarentie accessorie, affinchè chi si presta per liberare il debitore verso il creditore originario, sia assicurato

(1) V. Zachariæ, Aubry e Rau, Laurent, ll. cc.

del rimborso di quanto vi impiega. A fronte della valida estinzione del debito, come potrebbe ammettersi che il surrogato impugnasse di nullità l'atto da cui quel debito risultava? La contraddizione e l'assurdità sarebbero evidenti. Oltre di che il valersi dell'azione di nullità sarebbe affatto estraneo allo scopo della finzione legale, per cui si considera come ancora vivo il credito a profitto del surrogato; scopo che si limita, come notammo, all'assicurazione del rimborso di ciò che questi ha speso. Queste riflessioni sono comuni a qualunque specie di surrogazione; sia poi quella che ha luogo per convenzione col creditore, allorchè questi ricevendo il pagamento da una terza persona la surroga contemporaneamente ed espressamente nei propri diritti (art. 1252, n. 1); o quella che si effettua per convenzione col debitore, il quale prendendo a prestito una somma per pagare il debito, surroga il mutuante nei diritti del creditore (1252, n. 2); o quella, infine, che ha luogo *di diritto*, nei casi contemplati dall'art. 1253.

Qualche autore veramente ha opinato doversi distinguere fra queste diverse specie di surrogazione; e ammettendo che le azioni di nullità o di rescissione non siano da reputarsi comprese nella surrogazione legale, nè in quella per convenzione col debitore, che si opera senza il concorso della volontà del creditore, ha invece insegnato: non esser dubbio " che la surrogazione operata per volontà del creditore, " ricevente il pagamento da una terza persona, *essendo una* " *vera cessione di credito*, comprende le azioni di nullità o " di rescissione non aventi una causa personale al cedente, " e devonsi in questo caso attribuire al surrogato gli iden- " tici diritti, azioni e qualità, che si riconoscono a favore " del cessionario „ (1). Ma questa idea, di assimilare completamente la surrogazione per convenzione col creditore ad una vera cessione di credito, idea che fu adottata dai primi commentatori del codice francese, è oggimai abbandonata.

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 457.

La dottrina più recente si accorda nel riconoscere che la distinzione, voluta fare a tale proposito tra specie e specie di surrogazione, non ha fondamento nella legge. Sono diversi i modi in cui la surrogazione si stabilisce, non i caratteri e gli effetti di essa in ciascuno di questi casi. In quello della surrogazione consentita dal creditore vi è qualche maggiore apparenza di affinità colla *cessione del credito;* ma le differenze tra l'una e l'altra sono tuttavia sostanziali e decisive. In questa specie di surrogazione, come nelle altre, vi è bensì una finzione legale di cessione del credito, ma la finzione non può confondersi colla realtà, nè assumerne completamente i caratteri e gli effetti. Questi nella surrogazione sono sempre necessariamente limitati dall'unico scopo che essa ha, di assicurare al terzo, che estingue il debito altrui, il rimborso di quanto ha pagato (1). Accennammo questi concetti fondamentali, più che dimostrarli e svolgerli, per non divagare in una discussione importantissima, ma che qui sarebbe fuori di luogo. Li crediamo però sufficienti per poterne concludere, che il terzo surrogato nelle ragioni del credito da lui estinto, ancorchè la surrogazione sia avvenuta per convenzione col creditore, non può pretendere a pareggiarsi ad un cessionario, nè ad esercitare come tale le azioni di nullità che al surrogante avrebbero potuto competere.

Il medesimo autore annovera tra le persone, che possono esercitare *azioni di nullità*, i creditori, che impugnano gli atti fatti dal debitore in frode delle loro ragioni (art. 1167 cod. franc. — 1235 cod. ital.) (2). Anche questa però ci sembra una evidente inesattezza. L'*azione revocatoria* non può confondersi con un'azione di nullità. L'ammissione di quella non produce infatti l'effetto di far considerare come non avvenuto l'atto impugnato. Esso continua ad avere tutta la sua efficacia nei rapporti reciproci tra le

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 321, n° 6; Laurent, t. XVIII, n. 9, ss.; Demolombe, t. XXVII, n. 322, ss.

(2) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 459.

parti contraenti, nè i beni che formavano oggetto dell'atto medesimo rientrano veramente nel patrimonio del debitore che li aveva alienati; ma la revocazione pronunciata rende soltanto possibile l'esercizio del diritto di guarentia generale spettante ai creditori su tutti i beni del debitore (art. 1948, 1949 codice civ.), rimuovendo l'ostacolo che la fraudolenta alienazione opponeva a potersi dai creditori assoggettare alle loro azioni ed ai procedimenti esecutivi quei beni, che si erano fatti passare in mano di terzi detentori.

Ai creditori è conferita dalla legge un'altra azione assai importante; cioè la surrogatoria, mediante cui essi possono, pel conseguimento di quanto è loro dovuto, esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, *eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore* (articolo 1234 cod. civ.). Ora, in virtù di questa disposizione, hanno qualità i creditori per esercitare in nome del loro debitore le azioni di nullità o di rescissione che a lui competano?

In massima generale, non si potrebbe negarlo. L'azione surrogatoria, stabilita nel detto articolo 1234, non è che una delle conseguenze ed un'applicazione del principio generale proclamato negli art. 1948 e 1949, che tutti i beni del debitore formano la guarentia comune ed eguale di tutti i creditori di lui. Fra i beni del debitore sono pure comprese le *azioni* a lui appartenenti (art. 418 cod. civ.); e quelle pure di nullità, quando abbiano oggetto pecuniario, costituendo un'attività patrimoniale, sono pertanto soggette alla guarentia generale dei creditori; i quali dunque sono dall'art. 1234 autorizzati ad esercitarle in nome del debitore, qualora trascuri o rifiuti di farlo egli stesso. Ma il predetto articolo fa una eccezione espressa per quei diritti o quelle azioni che siano *esclusivamente inerenti alla persona del debitore;* e ciò dà luogo a qualche dubbio, che ha prodotta una divergenza di opinioni, in riguardo ad alcune tra le azioni di nullità: a quelle specialmente, che dipendano da vizi di consenso nei contratti — *errore, violenza* o *dolo*

— o da incapacità personale civile delle parti contraenti. Codeste azioni sono esse da considerarsi come *esclusivamente inerenti alla persona del debitore*, nel senso contemplato dal citato art. 1234, cosicchè cadano nella eccezione ivi espressa, la quale perciò le sottragga alla facoltà generalmente attribuita ai creditori di esercitare, pel conseguimento di quanto è loro dovuto, tutti i diritti e tutte le azioni del loro debitore? È questo un punto che formò oggetto di polemica vivacissima tra due grandi giureconsulti francesi, i quali finirono coll'accordarsi, quasi a modo di transazione, facendosi concessioni reciproche (1). E quantunque la dottrina sia ormai concorde nell'ammettere che i creditori di persone, a cui competano azioni di nullità o di rescissione, possano esercitarle in nome dei loro debitori, ancorchè quelle azioni si fondino sulla violenza, sull'errore o sul dolo, di cui siano stati vittima i debitori stessi, o sulla incapacità personale di loro, o sulla lesione, non manca di interesse il ricordare gli argomenti, certo non lievi, ai quali raccomandavasi l'opinione contraria, adottata pure da altro scrittore autorevolissimo (2). Quegli argomenti si riferivano all'autorità del diritto romano; ad alcune disposizioni testuali del codice francese, specialmente agli art. 225, 1125, 1166, 1208, 2012, 2036; ai motivi della legge ed a considerazioni morali.

“ Il diritto romano — così affermava il *Toullier* — non “ dava ai creditori il diritto di esercitare le azioni del loro “ debitore, che trascurasse di acquistare e di aumentare il “ proprio patrimonio, od anche rinunciasse ad una succes- “ sione o ad un legato. Perciò sotto quella legislazione i “ creditori non potevano, a malgrado del loro debitore, “ esercitare in nome di lui azioni rescissorie, quali che fos- “ sero, quando egli non volesse intentarle, e a maggior ra- “ gione quando vi rinunciasse „.

---

(1) V. Toullier, t. VII, n. 566, 567; Merlin, *Questions de droit*, t. VIII, v° *Hypothèque*, § IV.

(2) V. Chardon, *Traité des trois puissances*, p. 1, n. 130.

Ciò è vero: ma appunto la riflessione premessa dall'illustre autore, toglie la possibilità di trarne argomento per la legislazione posteriore. Secondo il diritto romano, i creditori potevano impugnare mediante l'*azione pauliana* gli atti coi quali il loro debitore avesse diminuito il proprio patrimonio, non quelli pei quali si fosse rifiutato di aumentarlo. " Non fraudantur creditores cum quid non adquiritur " a debitore: sed cum quid de bonis diminuitur „ (L. 134, ff. *De regulis juris*).

" Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, " ut adquirat, ad Edictum non pertinet: pertinet Edictum " ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, quid id " agunt, ne locupletentur „ (L. 6, ff. *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*).

Di questa massima era naturale conseguenza che i creditori non potessero esercitare le azioni di nullità o di rescissione, che il loro debitore avesse il diritto di proporre, ma si rifiutasse d'intentare. Tale massima però fu abbandonata dalla giurisprudenza posteriore, la quale riconobbe più equo e conforme ai principii il permettere ai creditori, non solo di far revocare gli atti coi quali il loro debitore avesse diminuita la guarentia che i suoi beni offrivano per l'adempimento delle contratte obbligazioni; ma eziandio di oppugnare quegli altri atti che avessero per effetto di rinunciare ad un aumento di patrimonio. E tale concetto di equità era stato espressamente seguito dal codice francese, coll'ammettere i creditori di chi rinunciasse ad una successione in pregiudizio dei loro diritti, a potersi far autorizzare giudizialmente ad accettarla in luogo e vece di lui, a loro vantaggio e per la concorrente quantità dei loro crediti (art. 788 cod. franc. — 949 cod. ital.). L'argomento dedotto dai principii del diritto romano non poteva dunque reggersi più.

Gli argomenti poi, che si traevano da testuali disposizioni del codice francese, erano i seguenti. L'art. 1166 (1234 cod. it.) ammetteva bensì i creditori, pel consegui-

mento dell'aver loro, a potere esercitare tutti *i diritti ed azioni del loro debitore*, ma eccettuava espressamente *quelle che sono esclusivamente personali;* e in questa categoria dimostrava il legislatore d'intender comprese anche le azioni per nullità di obbligazioni contratte da persone civilmente incapaci, o impugnabili per vizio del consenso, o per lesione; poichè nell'art. 1125 (1107 cod. ital.) limitava alle sole persone incapaci di obbligarsi il diritto di impugnare per questa causa le loro obbligazioni, e nell'art. 225 (137 cod. ital.) dichiarava la nullità degli atti della donna maritata, per difetto di autorizzazione, *non potersi opporre che dal marito, dalla moglie o dai loro eredi*, senza accennare punto ai creditori; negli articoli poi 1208, 2012, 2036 (1193, 1899, 1927 cod. ital.), escludeva che si potessero opporre da un condebitore solidario o da un fideiussore le eccezioni *puramente personali* ad alcuno degli altri condebitori, od al debitore principale.

Non entreremo qui — chè non ne sarebbe il caso in queste semplici nozioni preliminari — nella non facile ricerca di quel che debba esattamente intendersi nell'art. 1234 del nostro codice, corrispondente al 1166 del codice francese, sotto l'espressione: *diritti ed azioni esclusivamente inerenti alla persona del debitore.* Osserveremo soltanto, che siccome per questi speciali diritti od azioni la legge fa eccezione al principio generale della azione surrogatoria in favore dei creditori, così una tale eccezione vuol essere applicata con interpretazione restrittiva, e che d'altra parte i motivi, su cui la stessa eccezione è fondata, non si verificherebbero se non quando — in mancanza d'altra disposizione di legge, la quale testualmente o per analogia deferisse esclusivamente alla persona del debitore la facoltà di esercitare le azioni di nullità o rescissione di cui si tratta — lo scopo, in contemplazione del quale tali azioni sono concedute, rendesse logicamente necessario il tenerne limitata l'esercibilità alle sole persone a cui la legge direttamente le attribuisce, e reputarla vietata ad altri, che pure per regola generale abbiano, come

i creditori, qualità legittima per rappresentare la persona a cui l'azione compete, e in nome di lei farla valere in giudizio. Può dirsi che sia così rispetto alle azioni di nullità o di rescissione, delle quali si tratta? È ciò che vedremo fra breve esaminando l'ultimo aspetto della questione, nei rapporti razionali. Ma intanto si può affermare che l'art. 1166 del codice francese, e del pari il corrispondente art. 1234 del codice nostro, col solo dichiarare eccettuati dall'azione surrogatoria *i diritti esclusivamente inerenti alla persona del debitore*, non stabiliscono letteralmente che i creditori non possano esercitare le azioni di nullità o rescissione di atti compiuti dal loro debitore, per incapacità personale di lui, per vizio del consenso da lui prestato, o per cessione. Ma, si soggiungeva, il senso restrittivo dell'ultima espressione del citato articolo, è poi chiarito dalla disposizione dell'altro articolo 225, che parlando della *nullità appoggiata alla mancanza di autorizzazione maritale*, dichiara che tale nullità " non può opporsi che dal marito, dalla moglie o dai loro " eredi „ escludendo così gli aventi causa, che non si sarebbe mancato di menzionare, se anche a loro si fosse voluto permettere di far valere l'azione di nullità; e veramente se anche i creditori fossero ammissibili all'esercizio di quella azione, niuno più rimarrebbe escluso, sarebbe applicato puramente e semplicemente il diritto comune, e la disposizione dell'art. 225 diverrebbe quindi inutile affatto. A ciò rispondevasi, anche in diritto francese, che l'art. 225, in relazione al 1125, aveva per iscopo di escludere dall'esercibilità dell'azione di nullità le persone che avevano contrattato colla donna non autorizzata dal marito, e non i creditori della donna stessa, che agiscono in nome di lei e rappresentandola per surrogazione. Per noi però si può prescindere anche da questa risposta; essendovene un'altra più perentoria, risultante dal testo stesso del corrispondente art. 137 del codice italiano. Il quale infatti è redatto assai diversamente dal francese; poichè non attribuisce più l'azione di nullità al marito, alla moglie, ed agli eredi sì dell'uno

che dell'altra, ma la dice spettante da un lato al marito solo, dall'altro *alla moglie ed ai suoi eredi ed aventi causa*. Ora tra gli *aventi causa* possono indubbiamente comprendersi anche i creditori della moglie, che invochino l'azione surrogatoria a senso dell'art. 1234.

Si osservava ancora, che negli art. 1208, 2012 e 2036 il codice francese vietava al condebitore solidario od al fideiussore di opporre le eccezioni che fossero puramente personali ad alcuno degli altri condebitori od al debitore principale, e che niuno metteva in dubbio doversi in tale divieto comprendere anche le azioni di nullità, che potessero spettare all'altro condebitore solidario, od al debitore principale, per incapacità personale a contrattare. Ed anche nel codice nostro abbiamo disposizioni identiche, che vanno interpretate nel medesimo modo. Ma in queste disposizioni l'espressione di *eccezioni meramente personali* deve intendersi in un senso tutto relativo alle speciali materie cui le disposizioni stesse riguardano, non già nel senso in cui gli articoli 1166 del codice francese e 1234 del codice italiano parlano di *azioni esclusivamente personali*, o *esclusivamente inerenti alla persona del debitore*. Tra l'obbligazione solidale e la fidejussione avvi un punto di contatto evidente, per ciò che riguarda le quote che hanno nel debito comune gli altri condebitori solidali. E per l'una e per l'altra la legge intende sotto il nome di *eccezioni puramente personali* quelle che *non sono inerenti alla natura dell'obbligazione, ma alla qualità personale del debitore*. Ed è ovvio che di esse non possa giovarsi il coobbligato solidalmente, come non può giovarsene il fidejussore; poichè anzi la fidejussione, e così la coobbligazione solidale, viene spesse volte assunta precisamente per rassicurare il creditore contro il pericolo di un possibile annullamento dell'obbligazione, in causa appunto della incapacità civile di chi principalmente la contrae.

Ed è perciò che l'articolo 2012 del codice francese ed il 1899 del codice italiano ammettono, che non ostante la

massima del non potere sussistere fidejussione che per una obbligazione valida, sia lecito nondimeno di prestare fidejussione " per un'obbligazione, la quale possa esser annul-
" lata in forza di una eccezione meramente personale al-
" l'obbligato, come nel caso della minore età „. Ora tutto questo riguarda specialmente ed esclusivamente i casi di fidejussione e di coobbligazione solidale, ma nulla ha di comune coll'azione surrogatoria. La incapacità personale di uno dei coobbligati solidali, o del debitore principale, costituisce una eccezione puramente personale relativamente agli altri coobbligati od al fidejussore; ma da ciò non deriva che debba riguardarsi come facente luogo ad un'azione in nullità esclusivamente inerente alla persona del debitore, in relazione ai creditori di lui, nel senso e per gli effetti del citato art. 1166 cod. franc., 1234 cod. ital.

Così dunque neppure gli argomenti di testo addotti in appoggio dell'opinione professata dal Toullier possono ammettersi come ben fondati. Restano ora quelli che l'autore proponeva esaminando la questione sotto l'aspetto razionale e morale.

" È nella natura delle cose — egli diceva — che l'ec-
" cezione fondata sulla violenza sia puramente personale
" a chi l'ha subita..... Se io dichiaro d'aver consentito li-
" beramente all'obbligazione da me sottoscritta in favore
" di Cajo, e che essa è legittima, quale sarà il giudice, che
" contro la mia testimonianza oserà pronunciare che siasi
" fatta violenza alla mia volontà? . . . . .

" Lo stesso è a dirsi per l'errore, perchè in fine solo chi
" ha contrattato può sapere se egli abbia ignorato il tale o
" tal altro fatto determinato, e se non ostante la conoscenza
" di questo fatto non avrebbe ugualmente consentito.

" Altrettanto può ripetersi quanto al mezzo del *dolo*.
" Quali che siano gli artifici adoperati per farmi consen-
" tire. io solo posso sapere se furono questi artifici che mi
" determinarono . . . . .

" Quanto al mezzo della lesione, non è che il venditore

“ che possa sapere se non abbia ricevuti valori superiori a
“ quello che fu espresso nel contratto . . . . . „

Ammettendo che i creditori potessero impugnare gli atti del loro debitore per incapacità civile di lui al tempo in cui avvennero “ quale ne sarebbe lo scopo, quali ne sarebbero “ gli effetti? Di favorire i creditori posteriori a danno degli “ anteriori; di accender fra loro una lotta continua; di turbare la pace delle famiglie; di consacrare il più spesso “ delle ingiustizie „.

Qualche cosa di vero non può negarsi che vi sia in queste riflessioni. Ed è certamente vero che nei casi di annullabilità di un contratto per vizii del consenso prestatovi dal debitore, se egli neghi d'averlo prestato per errore, o che gli sia stato estorto con violenza, o carpito con dolo, i creditori di lui, che giovandosi dell'azione surrogatoria promuovano la dichiarazione di nullità del contratto, si troveranno in una posizione difficile. Ma la difficoltà — come giustamente osservano altri autori — riguarderà la prova dei fatti che danno luogo a nullità; e se i creditori, in onta alle negative del debitore, riescano a provare che realmente il consenso dato da lui a quella convenzione fu infetto di vizi, i quali a norma di legge ne producono la nullità, non vi sarà ragione per negar loro il diritto di ottenerne la dichiarazione. Quando poi si tratta della incapacità civile del contraente, o di lesione, neppure la surriferita obbiezione può avere alcun fondamento. E se si dimostra che il debitore, al momento in cui contrattò, era in istato di incapacità civile, o si dimostra la lesione, secondo il prezzo che dall'atto risulta essere stato convenuto, non vi è motivo per negare ai creditori di far valere la nullità, che ne deriva, dell'atto medesimo, o di farlo rescindere; nè vi è ragione di far subire ai creditori medesimi le conseguenze delle dichiarazioni del debitore, che potrebbero essere non conformi al vero.

Il *Toullier* accusa la teoria contraria alla sua di favorire alcuni creditori a danno di altri, e di dare luogo ad ingiustizie, aprendo l'adito a liti, e turbando la pace delle fa-

miglie. Ma tutti questi danni sarebbero piuttosto a temersi qualora si adottasse la massima professata dall'autore, la quale lascierebbe in balìa del debitore di mantenere con dichiarazioni contrarie al vero l'efficacia di contratti od atti realmente nulli.

Crediamo pertanto giustificata sotto tutti gli aspetti la teoria, oramai adottata generalmente, che a senso dell'articolo 1166 del codice francese, 1234 del codice italiano, i creditori, pel conseguimento di quanto è loro dovuto, possano esercitare anche le azioni di nullità e rescissione delle obbligazioni contratte dal loro debitore, sebbene quelle nullità siano fondate sulla violenza, sull'errore o sul dolo, di cui il debitore sia stato vittima, o sull'incapacità personale di lui, o sulla lesione (1).

Due osservazioni ci occorrono ancora, prima di chiudere la trattazione di questo numero. Ciò che finora abbiamo detto riguarda la vera e propria *azione surrogatoria*, mediante la quale, a senso dell'art. 1234 del codice civile, i creditori promuovano la dichiarazione di nullità di un atto del loro autore per vizii del consenso da lui prestato, o per incapacità civile di lui, o la rescissione per causa di lesione; ma non è applicabile nè all'*azione revocatoria*, che i creditori possano intentare, a norma dell'art. 1235, nè al caso in cui non si tratti soltanto di annullabilità o rescindibilità dell'atto, ma di assoluta inesistenza giuridica di esso.

Suppongasi che il debitore, divenuto maggiorenne, abbia promossa l'azione di nullità contro un atto da lui compiuto mentre era minore, ma poi, per collusione a danno dei proprii creditori, abbia rinunziato, verso un correspettivo, all'istanza. I creditori non potrebbero allora procedere mediante l'azione surrogatoria, riproponendo l'istanza per annullamento; ma dovrebbero necessariamente premettere

(1) V. Delvincourt, t. II, p. 155, n° 7; Proudhon, *Tr. des droits d'usufruit*, etc., t. III, n. 2347; Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 465-477; Duranton, t. I, n. 1090; Marcadé, art. 1166, § 2, t. IV, n. 494, 495; Demolombe, t. XXV, n. 86, 88; Aubry e Rau, t. IV, § 312, n. 47, 48; Laurent, t. XVI, n. 422.

l'azione revocatoria, per far annullare a senso dell'art. 1235 l'atto di rinuncia all'azione di nullità fatto dal loro autore. Però, ben si intende, per riuscire nell'azione revocatoria, essi dovrebbero provare che il debitore avesse agito con frode, e che di questa fosse stata partecipe l'altra parte, la quale inoltre potrebbe esigere che prima di far pronunciare sull'azione revocatoria, gli attori dovessero escutere gli altri beni che il debitore possedesse (1).

Suppongasi ora che l'atto, in opposizione al quale i creditori hanno interesse di agire in giudizio, non sia solo annullabile o rescindibile, ma veramente *inesistente in diritto.* Non è neppure concepibile allora l'esercizio, da parte dei creditori stessi, di un'azione di nullità o rescissione, a senso dell'art. 1234; nè abbisognano essi di agire *in nome del loro debitore.* Se quell'atto viene loro opposto, essi possono, al pari di qualunque altro interessato, eccepire che quell'atto non ha alcuna esistenza, nè quindi alcuna efficacia in diritto. Possono pure, in base sempre al loro interesse, rendersi attori per ottenere la dichiarazione giudiziale d'inesistenza giuridica, e di conseguente completa inefficacia di quell'atto, allo scopo di prevenire qualunque molestia possibile in loro danno (2).

118. Tutte le nullità, in generale, debbono essere pronunciate per sentenza. È questa una massima ritenuta come fondamentale dalla dottrina e nella giurisprudenza francese; e dimostrammo altra volta la necessità di adottarla anche nel diritto nostro (3). Stabilimmo allora in qual senso la massima predetta debba essere intesa; nel senso, cioè, che fino a quando non abbia acquistata autorità di cosa giudicata la sentenza che dichiarò nullo un atto, questo produce tutti gli effetti giuridici che ne sarebbero proprii se fosse pienamente lindo, ed a niuno è lecito

(1) V. Toullier, t. III, n. 568.
(2) V. Solon, l. c., n. 465.
(3) V. sopra, n. 102, p. 670-678.

disconoscere quegli effetti nè agire contrariamente ad essi, per quanto la causa della nullità possa essere certa, ed anche apparente dalla semplice ispezione esteriore dell'atto. Dicemmo che nell'applicazione di questa regola non vi è luogo a distinguere tra i casi in cui la legge si limiti ad aprire contro certi atti un'azione di nullità esperibile da determinate persone, e gli altri in cui la legge stessa direttamente pronunci la nullità; nè in quest'ultima ipotesi vi è luogo a distinguere tra nullità relativa ed assoluta, nè tra quella d'ordine pubblico, o di solo interesse privato. Procedemmo anzi più oltre ancora, e ponemmo in chiaro come la stessa *inesistenza giuridica* degli atti, non ostante il principio generale ch'essa *sia indipendente da qualsiasi dichiarazione giudiziale*, possa talvolta abbisognarne per l'accertamento dei fatti da cui quella inesistenza derivi — quando ad es., si tratti d'una convenzione che venga impugnata allegando lo stato di mente non sana in cui siasi trovata una delle parti al momento del contratto — e in ogni caso poi sia sempre lecito a chi vi abbia interesse il promuovere, occorrendo, un'azione per far dichiarare giudizialmente la mancanza di efficacia giuridica d'un atto apparente.

Su questi principii, pertanto, sul loro fondamento e sulle loro conseguenze, non accade qui di dover tornare, e basta il rammentarli.

Resta solo di stabilire con quali mezzi possa essere conseguito l'intento della pronunciazione della sentenza, che riconosca e dichiari la nullità di cui l'atto sia infetto. Intorno a ciò, la regola generale è molto semplice e chiara, e deriva dai principii fondamentali del diritto civile pratico; le nullità possono essere proposte così in via di azione, come di eccezione (art. 1302 cod. civ.).

L'azione è il mezzo di diritto col quale una persona può reclamare in giustizia contenziosa ciò che le spetta; e l'esercizio ne è subordinato ad un interesse legittimo ed attuale, che la persona abbia alla domanda che promuove. Ora, posta la massima che ogni nullità abbisogna di essere riconosciuta

e dichiarata per sentenza dell'autorità giudiziaria, ne sorge incontestabile la legittimità dell'interesse in colui a danno del quale un atto, supposto valido, produrrebbe effetti giuridici, di farne pronunciare la nullità; nè può negarsi l'*attualità* dell'interesse, per la considerazione che di quell'atto non sia ancora da altri reclamata l'esecuzione; perciocchè l'atto, cogli effetti giuridici che produce finchè non sia dichiarato nullo, sottoponendo la persona ad un vincolo giuridico obbligatorio, essa ha pure un interesse attuale a liberarsene. Nei casi di annullabilità dell'atto o del contratto per vizi del consenso, o per incapacità civile d'una delle parti, e in quello di rescindibilità per lesione, l'azione deriva direttamente da quella speciale disposizione di legge, che ha aperta appunto in favore di quelle determinate persone l'azione di nullità o di rescissione. Nei casi di nullità direttamente pronunciata dalla legge, l'azione dipende dai principii generali di diritto, ed ha fondamento nell'interesse giuridico della persona, che si rende attrice, a far applicare la disposizione stessa della legge col riconoscimento e colla dichiarazione della nullità che la legge ha stabilita.

Le eccezioni sono mezzi di difesa indiretta, coi quali si può respingere una domanda. E colui contro il quale sia proposta una istanza fondata sopra un atto nullo, ha interesse legittimo, per difendersi, ad opporre tale nullità; in conseguenza della quale, dichiarata che sia, l'atto si riguarderà come privo sin dall'origine di esistenza giuridica, e ne saranno quindi rimossi gli effetti, che contro il convenuto vengono invocati.

L'azione di nullità non può esser promossa, in generale, che dai privati aventi interesse; o da ciascuno di essi tutti indistintamente, o soltanto da determinate persone, secondochè la nullità sia assoluta o relativa. Vi è solo eccezione per quei casi speciali, in cui la legge espressamente attribuisca l'azione di nullità al pubblico ministero, come per certe cause di nullità del matrimonio (art. 104, 112 cod. civ.).

Anche la eccezione di nullità dev'essere proposta dalla parte che vi ha interesse e diritto; nè il giudice può, di regola, supplirvi d'ufficio, eccettochè si tratti d'una nullità di merito fondata sopra motivi d'ordine pubblico. In tal caso l'essersi ommesso dalla parte interessata di rilevare a propria difesa la nullità dell'atto prodotto dalla parte avversaria, e su cui questa fa fondamento per l'azione da lei proposta, non potrebbe giustificare che l'autorità giudicante attribuisse valore a quell'atto nullo per legge, e ne consacrasse gli effetti in onta all'ordine pubblico, contro il quale non ha alcuna efficacia la volontà dei privati. Possono questi, allorchè si tratti del solo interesse loro particolare, rinunciare al benefizio della legge, ed accordar valore ad un atto che questa lascia in loro facoltà di far dichiarare nullo; ma non hanno alcun potere per derogare a ciò ch'è d'interesse generale, attribuendo ad un atto quegli effetti che la legge gli nega per esser esso in opposizione all'ordine pubblico. Non lo potrebbero mediante una rinuncia espressa alla nullità; tanto meno lo possono mediante una rinuncia implicita, risultante dalla ommissione di eccepire la nullità stessa (1).

Le sentenze, a differenza degli atti privati e delle convenzioni, non possono come questi essere impugnate per nullità col mezzo d'un'azione principale e distinta, nè mediante eccezione. Per farle annullare, la parte non può che ricorrere ai mezzi ordinari o straordinari d'impugnazione, che contro di esse sono ammessi dal codice di procedura civile; e dopochè la sentenza avesse acquistata l'autorità di cosa giudicata irretrattabile, qualunque fosse la causa per la quale potesse dirsi nulla, mancherebbe ogni mezzo per conseguire quella legale pronunciazione, senza cui le sentenze, non meno degli atti privati e delle convenzioni, ancorchè nulle, continuano a produrre i loro effetti come se fossero pienamente valide.

---

(1) V. sopra, n. 107, p. 719, 720.

A questa regola non sono soggette le sentenze degli arbitri; le quali, nei casi previsti dall'art. 32 del codice di procedura civile, possono sempre, non ostante qualunque rinunzia, essere impugnate per nullità davanti l'autorità giudiziaria, che sarebbe stata competente a conoscere della controversia, e che, dopo aver dichiarata la nullità della sentenza arbitramentale, decide anche sul merito della controversia stessa.

L'eccezionalità della giurisdizione, stabilita per convenvenzione privata in via di derogazione alla giurisdizione ordinaria, e la necessità di guarentirsi contro possibili abusi, rendono ragione di questo speciale mezzo conceduto contro le sentenze degli arbitri, consistente nel proporne la nullità davanti all'autorità giudiziaria. Questo mezzo si risolve in una vera azione, che viene intentata per far dichiarare la nullità; per l'esercizio della quale azione è prefisso un termine perentorio (art. 33 codice proc. civ.). Trascorso questo termine, senzachè la domanda di nullità fosse stata proposta, la sentenza arbitramentale diverrebbe irretrattabile, salvochè fosse ancora ammessibile qualche straordinario mezzo di ricorso. Si ricadrebbe quindi allora sotto la regola comune, secondo cui quando una sentenza ha acquistata autorità di cosa giudicata irretrattabile, nessun mezzo è più ammesso per farne pronunciare la nullità, e questa neppur potrebbe più essere opposta in via di eccezione in una causa vertente davanti l'autorità giudiziaria, in cui s'invocasse l'autorità di cosa giudicata della sentenza arbitramentale.

Colle sentenze può riscontrarsi qualche affinità negli atti con cui una delle parti contendenti in giudizio confessi i fatti allegati dalla parte avversaria, e riconosca fondata la domanda o l'eccezione che questa abbia proposta. Nondimeno l'essenza ed i caratteri di tali atti essendo veramente di convenzioni, anzichè di giudicati, è conseguente che non le regole delle sentenze, ma quelle delle obbligazioni convenzionali siano loro applicabili. Perciò gli

atti medesimi potrebbero essere impugnati col mezzo dell'azione o della eccezione di nullità, finchè non fosse intervenuta sentenza conforme.

119. È generalmente ammesso come assioma, che le nullità non si presumono mai, e spetta a chi le allega il somministrarne la prova. Questa proposizione è verissima, qualora s'intenda limitatamente alle cause vere e proprie di nullità, annullabilità o rescissione degli atti o dei contratti, escluse quelle di assoluta inesistenza giuridica di essi, che apparisca dalla semplice materiale ispezione dell'atto. In questi ultimi casi, allorchè l'atto, da cui dovrebbe risultare l'obbligazione, manca di qualche condizione o formalità estrinseca essenziale, talchè non può considerarsi come avente alcuna efficacia in diritto, è troppo chiaro che chi ne contesta gli effetti non può aver nulla a provare. S'egli non fa che difendersi contro chi produce quell'atto contro di lui facendone fondamento ad un'azione, non ha bisogno che di segnalare l'imperfezione sostanziale ed apparente dell'atto medesimo, per dimostrare che non può avere alcun valore in suo danno, e non costituisce un vero titolo per l'attore. Se poi è la stessa persona, a carico di cui starebbe l'obbligazione apparente da un atto mancante di vera esistenza giuridica, che, per prevenire le molestie a cui potrebb'essere esposta, chiede in giudizio la dichiarazione della inefficacia giuridica dell'atto stesso, le basta presentarlo indicando la omissione che lo rende inetto a produrre qualsiasi effetto di diritto. Qualora però l'inesistenza giuridica non dipenda da una mancanza di forme estrinseche, la quale si manifesti per la semplice ispezione del documento, bensì dipenda da difetto di requisiti intrinseci — per esempio, per incapacità naturale a prestare il consenso, in cui siasi trovata la parte al momento dell'atto o del contratto — non vi ha dubbio che chi contesti per simil causa l'efficacia dell'atto o del contratto stesso, avrà l'obbligo di provare i fatti da cui quel-

l'incapacità naturale deriverebbe; lo stato cioè d'imbecillità, di demenza, di furore, di delirio anche passeggiero, o di completa ebbrezza, in cui si fosse trovato al momento dell'atto o della convenzione chi vi era parte. Così vogliono i principii fondamentali intorno all'onere della prova; poichè chiunque forma un'azione in giustizia, od all'azione intentatagli da altri oppone una eccezione, deve, in generale, provare i fatti la cui esistenza è presupposta per l'azione o per l'eccezione stessa: " *Actori incumbit onus probandi* — " *Reus excipiendo fit actor* „ (art. 1312 cod. civ.).

Questi stessi principii fondamentali sono pure certamente applicabili a carico di chi domandi — sia poi in via di azione o di eccezione — l'annullamento o la rescissione di un atto, che non possa dirsi privo di esistenza giuridica. Vi si aggiunge anzi in questi casi la considerazione dell'interesse anche pubblico di favorire la validità degli atti anzichè colpirli di nullità: " Quoties in actio- " nibus, aut exceptionibus, ambigua oratio est, commodis- " simum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis " valeat, quam pereat „ (L. 12, ff. *De rebus dubiis*). Ond'è che in dubbio dee piuttosto ritenersi la validità, che ammettersi la nullità degli atti; e chi propone questa o la oppone, non solo ha l'onere di dar le prove dei fatti da cui pretende derivare la nullità, ma deve somministrarle tali che rimuovano ogni dubbio; perchè qualunque fosse quello che restasse, dovrebb'essere risolto contro l'assunto di lui, e in favore della validità dell'atto. Non potrebb'esservi eccezione a questa regola, se non quando la legge stessa stabilisse una presunzione dell'esistenza di qualche fatto producente la nullità; poichè in tal caso, non solo sarebbe dispensato chi allegasse questa da qualunque prova ulteriore di tale fatto, ma sarebbe anco inammissibile qualunque prova in contrario, trattandosi di una presunzione, sul fondamento della quale la legge pronuncierebbe la nullità dell'atto (art. 1352, 1353 cod. civ.). Ma vi sono poi veramente disposizioni di legge, le quali derogando all'in-

tento generale di essa, di favorire nel dubbio la validità, stabiliscano presunzioni di fatti inducenti la nullità di determinati atti? Qualche autore ha voluto indicarne alcune, dicendo che la presunzione legale di fatti di questa natura: " risulta talora *dalla irregolarità dell'atto nella* " *forma*; altre volte *dalla natura della convenzione impu-* " *gnata*, e spesso, in fine, *dalla qualità civile delle parti* " *contraenti* „ (1).

Così — ha detto questo autore — se in un atto soggetto per legge a *formalità sostanziali*, queste non siano state osservate: " la presunzione legale è allora che l'atto non " abbia corrisposto al proprio oggetto; l'atto è nullo, e la " parte, che vuol prevalersi della nullità, non ha che a " produrlo ed a segnalare le omissioni che vi si riscontrano „.

Se non che è chiarissimo come in questo caso non si tratti veramente di *presunzione legale d'un fatto che debba produrre nullità*. Il fatto è rivelato dalla materialità stessa dell'atto, nel quale una forma sostanziale è ommessa; e questo fatto produce, non una semplice *annullabilità*, ma l'*inesistenza giuridica dell'atto*.

Per dare esempi di presunzione legale di fatti inducenti nullità, la quale presunzione risulti *dalla natura della convenzione impugnata*, l'autore accennava all'art. 446 del codice di commercio francese, che dichiarava nulli e senza effetto, relativamente alla massa dei creditori del fallito, gli atti traslativi di proprietà a titolo gratuito, qualora fossero seguiti nei dieci giorni precedenti quello della dichiarata cessazione dei pagamenti, ed all'art. 1975 del codice civile francese, che dichiarava di niun effetto il contratto di rendita vitalizia, quando questa fosse stata stabilita sulla vita di persona inferma, la quale fosse poi morta entro venti giorni dalla data del contratto. Considerava egli, che in questi casi fosse presunta dalla legge *la frode*, la quale poi fosse il fatto producente la nullità dell'atto. Ma

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 508 e seg.

questo concetto sembra manifestamente inesatto. La presunta frode era, se mai, semplicemente il motivo della dichiarazione di nullità. I fatti che la producevano, secondo la legge, erano nel primo caso la cessazione dei pagamenti, avvenuta non più di dieci giorni dopo che il fallito aveva fatti atti di alienazione a titolo gratuito, e nel secondo caso la morte del vitaliziario avvenuta entro venti giorni dalla data del contratto, per malattia di cui già fosse affetto a quel tempo. Ora questi fatti non erano certamente presunti dalla legge; bisognava provarli.

Un esempio poi di *presunzione legale dei fatti, che debbano produrre la nullità o la rescissione d'una convenzione*, la quale presunzione risultasse *dalla qualità civile delle parti contraenti*, il *Solon* voleva trarlo dallo stato di minorità.

“ È certo, egli diceva, che il minore è presunto leso, “ per ciò solo che ha fatto un atto eccedente, secondo “ la legge, i limiti della capacità di lui; e questa è una “ presunzione legale, che risulta dalla incapacità del “ minore.

“ Se dunque egli vuol domandare la rescissione d'una “ obbligazione che ha consentita, *non ha nulla da provare*, “ tranne il fatto dalla sua minore età allorchè fece l'atto. “ È alla parte che ha contrattato con lui, che incombe di “ stabilire non aver esso patita lesione, e il danaro sbor- “ satogli essere stato impiegato a sua utilità „.

Tutto questo ragionamento si riferiva ad una disposizione speciale del codice francese; a quella dell'art. 1305, in cui era dichiarato che “ la semplice lesione dà luogo “ alla rescissione, in favore del minore non emancipato, “ contro qualunque sorta di convenzione; ed in favore del “ minore emancipato, contro tutte le convenzioni che oltre- “ passano i limiti della sua capacità, come è determinata al “ titolo *della minore età*, della tutela e della emancipazione „. Il nostro codice stabilisce invece che le obbligazioni dei minori sono nulle, qualora essi abbiano agito senza l'intervento

del loro legittimo rappresentante, essendo soggetti a patria podestà od a tutela, o senza l'assistenza del curatore, essendo emancipati, o in ogni caso senza l'osservanza delle formalità stabilite per alcuni atti con speciali disposizioni di legge; e tutto ciò indipendentemente da qualunque allegazione di *lesione* (art. 1303 cod. civ.), la quale non dà luogo ad azione di rescissione, se non nei casi e sotto le condizioni specialmente espresse nella legge, siano poi maggiori o minori di età coloro che la propongono (art. 1308 cod. civ.). Quindi gli argomenti del *Solon* non avrebbero alcuna applicazione nel diritto nostro. Ma, stando pure al diritto francese, i fatti, che davano luogo all'azione di nullità o rescissione in favore dei minori, consistevano, non tanto nella lesione ch'essi avessero sofferto, quanto e principalmente nell'aver essi personalmente consentito un atto costitutivo d'obbligazione, o senza l'assistenza del curatore, se fossero emancipati. Ora il *Solon* riconosceva pure che per poter chiedere la rescissione dell'obbligazione assunta, il minore *era tenuto a provare il fatto della propria minorità al tempo in cui avea fatto l'atto*. Come poteva dunque sostenere che la legge presumesse i fatti producenti la nullità, se il principale, il fondamentale di questi fatti avea bisogno d'esser provato? Ma, diceva egli, *la lesione* almeno era presunta dalla legge. Questa però, che era opinione personale dell'autore, era ben lungi dal costituire una massima certa; chè anzi la maggior parte dei più recenti commentatori del codice francese opinò in contrario, che " i minori, attori in rescissione, fossero, in gene-
" rale, *obbligati a provare la lesione*, sulla quale fondavano
" la loro azione, ed a giustificare che tale lesione risultasse
" dall'atto stesso, contro cui l'azione era diretta, od almeno
" ch'essa dipendesse da questo atto come una conseguenza
" prevedibile, secondo il corso ordinario delle cose „ (1).

---

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 335, nⁱ 10, 11; Demolombe, t. XXIX, n. 99; Laurent, t. XVIII, n. 556.

Crediamo pertanto potersi stabilire con sufficiente sicurezza la massima, che i fatti, sui quali sarebbe fondata la nullità o la rescissione d'un atto o d'un contratto, debbano sempre esser provati da chi ne promuove l'azione, o ne oppone la eccezione.

Ma con quali mezzi potrà poi egli somministrare codesta prova? Intorno a ciò è necessario distinguere le cause di nullità *estrinseche*, dalle *intrinseche*. Quanto alle prime, la questione della validità o nullità dev'esser decisa secondo il contenuto dell'atto; perciocchè è da esso appunto che deve apparire l'adempimento di quelle formalità, che la legge prescrive per la validità dell'atto medesimo. Prove estranee all'atto potrebbero essere addotte per spiegarne e completarne le risultanze, non per supplire alla mancanza totale in esso della prova occorrente a stabilire che le forme di legge non fossero state osservate.

Vi sono casi in cui dell'adempimento di certe formalità la legge esige la menzione espressa nell'atto, sotto pena di nullità (art. 778, 779, 781, 787. 789, 804 cod. civ.); ed allora non basta che quelle formalità siano state realmente compiute, nè basta pure che dall'atto risultino, se la menzione non ne sia fatta con parole esplicite. Non è però indispensabile l'impiego di formole sacramentali, ma è sufficiente che con chiara espressione sia manifestata l'osservanza di quanto dalla legge è prescritto. La mancanza di tale menzione produce senz'altro la nullità dell'atto. Si presume che la formalità non menzionata sia rimasta inadempita; e questa presunzione è assoluta, nè ammette prova contraria (art. 1353 cod. civ.).

Al contrario, quando si riscontra nell'atto la menzione espressa voluta dalla legge, la formalità, a cui quella menzione si riferisce, si presume bensì adempita, ma questa presunzione non può però dirsi *juris et de jure*. Solo, quando l'atto sia autentico, non è ammesso qualunque mezzo di prova contraria, ma bisogna procedere mediante la iscrizione in falso; perchè la fede pubblica esige che unicamente

colle guarentigie di questo speciale procedimento possa essere contestata la verità della esistenza materiale di quei fatti, che il pubblico ufficiale ha enunciati come compiuti da lui stesso, o come avvenuti in sua presenza e nell'esercizio delle sue funzioni.

Quanto alle *nullità intrinseche*, accade raramente che possa esserne somministrata la prova col mezzo dell'atto stesso da cui risulta l'obbligazione che si vuol fare annullare. Si tratta di dimostrare che il consenso fu dato per errore, o fu estorto con violenza, o fu carpito con dolo, o che la parte era incapace a contrattare, o che ha sofferta lesione. Le prove possono attingersi talvolta, e specialmente per ciò che riguarda la incapacità civile d'una delle parti, da altri atti scritti aventi forza di prova; pel resto bisogna ricorrere agli altri mezzi ordinari, e particolarmente alle prove per testimoni e per presunzioni, od a quella per periti quando si tratti di lesione.

All'ammissibilità della prova testimoniale e di quella per presunzioni possono per altro opporre difficoltà le disposizioni di legge, che vietano le prove predette, qualora vengano proposte " contro od in aggiunta al contenuto in atti " scritti, o sopra ciò che si alleghi essere stato detto avanti, " contemporaneamente o posteriormente ai medesimi " (art. 1341, 1354 cod. civ.); salvo il caso che si produca un principio di prova per iscritto, proveniente da colui contro il quale si propone la domanda, o da quello ch'egli rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato (art. 1347 cod. civ.). E veramente, supposto che l'obbligazione impugnata per nullità risultasse da scrittura, verrebbe contro questa la prova, che si domandasse di fare per testimoni o presunzioni, dei fatti che fossero causa di nullità dell'obbligazione medesima, talchè la regola generale dell'articolo 1341 parrebbe a primo aspetto applicabile. Resta però a vedersi se non sia invece da applicarsi l'eccezione ammessa dall'art. 1348, che permette la prova per testimoni — e quindi anche quella per presunzioni, secondo l'arti-

colo 1354 — “ ogniqualvolta non è stato possibile al cre-
“ ditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione
“ contratta verso di lui „.

L'origine della regola predetta, stabilita nella seconda parte del primo paragrafo dell'articolo 1341, si fa risalire al diritto romano; per la massima proclamata nella L. 1, Cod. *De testibus*, ov'era detto: “ Contra scriptum testi-“ monium, non scriptum testimonium non fertur „ e si voleva significare non ammettersi la prova per testimoni contro atti ed istromenti recanti pure la sottoscrizione di testimoni. È stata posta in dubbio l'autenticità di questo frammento, attribuito dal Cujacio ad Antonino. Comunque sia di ciò, quella massima, sconfessata da principio nella pratica del diritto francese — dal quale era adottata l'idea che nel conflitto tra la prova letterale e la testimoniale dovesse prevalere quest'ultima: “ Témoins passent lettres „ fu indi proclamata nuovamente con ordinanza, e d'allora in poi osservata costantemente. Ed è questa stessa massima, che troviamo sanzionata nell'art. 1341 del nostro codice, della quale non può infatti negarsi la saviezza e l'utilità. — Come potrebbe porsi in dubbio che gli atti istrumentarii, formati appunto allo scopo di conservare il ricordo delle convenzioni, e dei fatti giuridici in generale, accertandone tutte le particolari circostanze, condizioni e modalità, debbano meritare maggior fiducia che le testimonianze, di cui, prescindendo anche dai pericoli d'infedeltà, è temibile l'inesattezza per erronee percezioni, per trascorrimento di tempo, per inganni di memoria? D'altro lato, quando le parti contraenti hanno avuto cura di consegnare la loro convenzione ad un atto scritto, ciò fecero appunto nell'intendimento di accertare in modo inalterabile le clausole tutte della convenzione stessa, di precostituirne la prova certa, e di guarentirsi contro i pericoli di future contestazioni e di prove infide. Or se contro le risultanze dell'atto si ammettesse sempre la prova testimoniale, e quella per presunzioni, la legittima aspettazione delle parti

rimarrebbe ingiustamente delusa. Quella poi di esse parti, che sostiene e vorrebbe provare essersi stipulato nella convenzione qualche patto contrario o aggiuntivo al contenuto nell'atto scritto, o qualche cosa essere stata detta e concordata fra i contraenti prima, contemporaneamente o dopo dell'atto, deve imputare o sè di aver lasciato comprendere nella scrittura ciò che vi si trova, senza farsi rilasciare una contro-dichiarazione; o di aver lasciato omettere qualche clausola, che doveva esservi compresa. A tutto ciò si aggiunge pure l'interesse generale della società, che sarebbe compromesso qualora colla minaccia di sovvertire, in seguito ai risultamenti di prove testimoniali, quelli degli atti scritti, venisse scossa la fede pubblica, ponendo nella incertezza i più importanti interessi, ed i rapporti sociali affidati ad una delle più solide guarentie del diritto civile, quali sono appunto gli atti scritti, ed aprendo la via ad una enorme quantità di liti. — È dunque ampiamente giustificata la massima generale, che contro, od in aggiunta agli atti scritti, o sopra ciò che si alleghi essere stato detto prima, contemporaneamente o posteriormente ad essi, non sia ammissibile la prova testimoniale.

Ma d'altra parte la legge, la quale a chi deduce fatti giuridici contrari al contenuto d'un atto scritto, e chiede di provarli per testimoni o per presunzioni, risponde giustamente ch'egli deve imputare a sè stesso di non essersi curato di far risultare parimente quei fatti da una scrittura, non potrebbe dare con fondamento una simile risposta a colui che si fosse trovato nella impossibilità di procurarsi la prova scritta, a cui domanda di supplire colla testimoniale. E questa riflessione sta, non solo per una impossibilità assoluta, ma eziandio per una impossibilità relativa e meramente morale. Da ciò pertanto è giustificata la eccezione scritta nell'art. 1348 del codice civile, che ammette la prova testimoniale anche contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti, o su ciò che siasi detto o convenuto prima, contemporaneamente o posteriormente agli atti me-

desimi, *ogniqualvolta non sia stato possibile alla parte di procurarsene la prova scritta.*

Dopo ciò la questione, se sia da ammettersi la prova testimoniale circa i fatti che siano dedotti quali cause di nullità o rescissione d'una convenzione o d'altro atto giuridico, dipende totalmente dallo stabilire se di tali fatti sia stato impossibile alla parte, che li allega, il procurarsi la prova scritta. Se si tratta di *lesione*, non è il caso, come già osservammo, di parlare di prova testimoniale, o per presunzioni. Bisogna stabilire quale sia il vero valore dei beni, che formarono oggetto dell'atto o contratto, per porlo a confronto con quello che la parte ha ricevuto, e riconoscere così se siasi verificata la lesione contemplata dalla legge, e per la quale la parte stessa chiede la rescissione dell'atto o del contratto. Ciò non può farsi che mediante ispezione dei beni ed apprezzamenti peritali. Se è promossa azione di nullità per causa d'incapacità civile di uno dei contraenti, non è con prove testimoniali, ma mediante documenti, che si possono provare i fatti giuridici, sui quali la nullità si fonda. Tutto si riduce pertanto alla impugnazione dell'atto o del contratto per vizi del consenso prestatovi da una delle parti, per errore, violenza o dolo. E che di questi fatti giuridici sia stato impossibile alla parte il procurarsi una prova scritta, è della massima evidenza.

Come è supponibile che chi subisce la violenza possa ottenere da chi gliela inferisce una prova scritta dei fatti illeciti che la costituiscono? O che chi presta il consenso per un errore, senza cui non si sarebbe determinato, faccia risultare da un atto scritto un fatto di cui non aveva coscienza al momento del contratto? O che colui, al quale il consenso è carpito con dolo, faccia constare per iscrittura i raggiri fraudolenti dell'altro contraente, dai quali fu indotto a contrattare appunto perchè solo più tardi è riuscito a scoprirli? La impossibilità di tutto ciò non potrebb'essere più manifesta; e certa è quindi l'applicabi-

lità a questi casi della disposizione eccezionale dell'articolo 1348, che ammette la prova testimoniale anche contro il contenuto degli atti scritti, quando il procurarsi la prova scritta dei fatti, che si chiede di provare invece colle testimonianze, non è stato possibile alla parte. In questo senso è infatti concorde la dottrina (1).

È da avvertire però, che quando per dimostrare fondata la domanda di nullità si volesse proporre la prova testimoniale di fatti, che contraddicessero a quelli accertati fino ad iscrizione in falso da un atto autentico, non potrebbesi procedere per altra via che questa.

Alcuni degli autori sopra citati assimilano ai casi d'impugnazione di contratti per vizi del consenso, — dicendo farsi luogo ugualmente all'ammissione eccezionale della prova per testimoni e per presunzioni — altri casi nei quali veramente la prova testimoniale è ammissibile, non però perchè si faccia luogo alla eccezione stabilita dalla legge in favore di chi siasi trovato nella impossibilità di procurarsi la prova scritta dei fatti che vuole accertare, ma perchè non è applicabile in quei casi la regola stessa che esclude la prova testimoniale.

Dicono, per esempio, quegli autori: che i terzi, quando impugnano atti che taluno ha compiuti fraudolentemente in loro danno; i creditori, quando attaccano gli atti del loro debitore, o coll'*azione revocatoria*, come fatti in frode delle loro ragioni, o per simulazione; gli eredi legittimari, quando promuovono la dichiarazione di simulazione contro atti coi quali il loro autore avrebbe lesa la legittima a loro spettante; gli eredi in generale, quando vogliono stabilire che il loro autore abbia fatti atti di liberalità a profitto di persone incapaci, mediante simulazione di contratti a titolo oneroso, o sotto il nome d'interposte persone; tutti costoro

---

(1) V. Solon, *Tr. des nullités*, t. I, n. 489 e seg.; Aubry e Rau, t. VIII, § 765 (e), n° 16 e 17; Demolombe, t. XXX, n. 170, 171; Laurent, t. XIX, n. 580, 581.

possono provare la frode commessa dal debitore, la simulazione, l'interposizione di persona, col mezzo di testimoni o di presunzioni, *perchè era per loro impossibile il procurarsi una prova scritta dei fatti che adducono, e possono perciò invocare il benefizio eccezionale della disposizione dell'art.* 1348 *del codice civile* (1). Quanto è giusta la massima, altrettanto ne sembra difettosa la motivazione, stando al rigore logico del diritto. La disposizione di legge, che vieta l'ammissione della prova testimoniale, *contro od in aggiunta al contenuto in atti scritti, o sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente ai medesimi* (art. 1341 cod. civ.) riguarda *le parti, non i terzi* che impugnino l'atto o il contratto come fatto in frode delle loro ragioni. Unicamente alle parti sono applicabili i motivi di quella disposizione proibitiva; di esse sole può dirsi che ne sarebbero delusi gl'intendimenti ed ingannata la fiducia, qualora si lasciasse dipendere da prove troppo spesso infide, come le testimonianze, od incerte, come le presunzioni, la sorte del contratto, che le parti stesse affidarono ad un atto scritto allo scopo appunto di conservare inalterabile la memoria di tutte le particolari condizioni e clausole da cui le vollero regolate; ad esse sole può rispondersi, nel negar loro l'ammissione delle prove testimoniali che domanderebbero, che imputino a sè medesime se redigendo una scrittura, per far constare esattamente di tutto ciò che riguardava la loro convenzione, non hanno poi curato che la redazione ne fosse precisa e completa, o non si sono procurate le contro-dichiarazioni che fossero del caso. E quanto poi all'interesse pubblico, se esso consigliava ad evitare i pericoli di moltiplicare le liti ed infirmare la sicurezza dei diritti privati riposanti sulla fede dei documenti scritti, — pericoli che si sarebbero affrontati permettendo alle parti di contrapporre prove testimoniali

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 765, nⁱ 21, 22, 23, 24; Demolombe, t. XXX, n. 178, 179; Laurent, t. XIX, n. 585, 586.

e presunzioni alla prova documentale — non consentiva d'altro canto che si abbondonasse all'arbitrio delle parti stesse di pregiudicare irreparabilmente ai diritti ed agli interessi legittimi di terze persone, commettendo e coprendo coi loro atti frodi e simulazioni, che quei terzi non avrebbero più alcun mezzo di provare, se fosse ad essi vietato di contrapporre al documento artatamente formato dalle parti, le testimonianze e le presunzioni. Quest'ultima riflessione può veramente giustificare, sotto un certo aspetto, il motivo che adducono gli autori predetti; inquantochè è vero che, se anche in massima generale fosse estensibile ai terzi la regola dell'art. 1341, essi poi potrebbero a buon diritto invocare la eccezione scritta nell'art. 1348, perchè non era loro possibile di procurarsi una prova scritta dei fatti che domandano d'essere ammessi a provare con testimoni. Ma appunto perchè la regola dell'art. 1341 riguarda soltanto le parti, e non è applicabile ai terzi, non hanno questi bisogno di ricorrere alla disposizione eccezionale dell'articolo 1348 (1).

Gli autori parlano pure dei casi d'impugnazione di contratti o d'atti d'ultima volontà, perchè una delle parti contraenti o il testatore non fosse, all'atto di consentire o disporre, sano di mente, in causa di demenza o di ubbriachezza. È chiaro però che in simili casi non trattasi di un'azione di nullità, che venga proposta, ma di vera ed assoluta inesistenza giuridica dell'atto, che si vuol dimostrare verificata. La prova dei fatti può allora indubitabilmente esser somministrata coi mezzi dei testimoni e delle presunzioni. Non sarebbe guari possibile altra maniera di prova, e d'altra parte non è neppur questo un caso a cui possa essere applicabile, secondo lo spirito suo, la disposizione proibitiva dell'art. 1341 cod. civ. (2). Il *Laurent*

---

(1) V. Toullier, t. IX, n. 165, 166; Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 495; Duranton, t. XIII, n. 338.

(2) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 501, 502; Laurent, t. XIX, n. 580.

rende ragione di quest'ultima proposizione dicendo: " Se-
" condo la nostra opinione, l'insania è uno di quei *fatti*
" *puri e semplici*, che senza limitazioni possono esser pro-
" vati col mezzo di testimoni: non si tratta dunque della
" eccezione stabilita dall'art. 1348; bisogna dire invece che
" questo caso non rientra nelle regola dell'art. 1341 „.
L'autore nega pertanto che lo stato mentale del contraente,
che impedisce l'esistenza giuridica del consenso da lui pre-
stato, sia da considerarsi come un *fatto giuridico;* lo ri-
guarda invece come un *semplice fatto materiale*, che perciò
non cade sotto la disposizione proibitiva dell'art. 1341, e
può essere provato anche per testimoni. È vero tale con-
cetto? Non ci sembra. Altri autori hanno giustamente
osservato che *ogni fatto, il quale di natura sua produca un
effetto giuridico, è per ciò stesso un fatto giuridico;* ed hanno
quindi data la definizione seguente:

" I fatti giuridici sono tutti i fatti dell'uomo, che di
" loro natura hanno per risultato immediato e necessario,
" sia di creare, o trasferire, o confermare, o riconoscere,
" *sia di modificare od estinguere obbligazioni o diritti* „ (1).
Può escludersi dalla categoria dei *fatti giuridici*, intesi a
questo modo, e relegarlo in quella dei *semplici fatti mate-
riali*, lo stato di mente inferma, pel quale il contraente
non possa prestare un consenso efficace, il testatore non
sia capace a disporre, e il contratto o l'atto sia quindi
da riguardarsi come *inesistente?* Veramente non pare.
L'art. 1341 del nostro codice parla soltanto della *prova di
una convenzione*, dei patti che si pretendessero stipulati
contro o in aggiunta al contenuto dell'atto scritto, e di ciò
che si allega essere stato detto avanti, contemporanea-
mente o posteriormente all'atto medesimo. Il corrispon-
dente art. 1374 del progetto diceva però: " Non è am-
" messa la prova per mezzo di testimoni di una convenzione
" *o liberazione* sopra un oggetto, ecc. „. Fu approvata alla

(1) V. Aubry e Rau, t. VIII, § 762, 1°.

unanimità dalla Commissione di coordinamento la proposta di uno dei Commissari di sopprimere le parole — *o liberazione* — pel solo motivo che " quando si dice *convenzione*, " si abbraccia ogni cosa, *anche la liberazione:* e tanto più ciò " apparisce evidente, se si bada alla definizione del con- " tratto data nell'art. 1131 del progetto „ (art. 1098 cod. civ.) (1). L'intenzione dei compilatori del codice era dunque di escludere la prova testimoniale ogni volta che fosse proposta per ciò che riguardasse il *costituire, regolare o sciogliere fra le parti un vincolo giuridico contrattuale* — secondo l'espressione testuale del citato art. 1098, — per un oggetto di valore superiore a 500 lire, o in contraddizione o in aggiunta al contenuto dell'atto scritto, o per stabilire cose dette avanti, contemporaneamente o posteriormente all'atto medesimo. La prova, che si domandasse di fare, della *non formazione del contratto* per incapacità naturale d'uno dei contraenti, potrebbe dunque, a rigore, dirsi compresa nella disposizione letterale della legge; poichè tratterebbesi della libertà della parte dal vincolo giuridico, per non esservi un contratto legalmente esistente: nè può reputarsi esatta l'affermazione che si tratti di provare un *semplice fatto materiale*, e non un *fatto giuridico*. Ma lo spirito della legge corrisponde poi alle parole, per autorizzare un'identica conclusione? Vietando la prova testimoniale, quando fosse diretta a contraddire al contenuto dell'atto scritto, ad aggiungere, a modificare o variare in qualunque modo la portata delle clausole in esso inserite, si presuppose evidentemente che quanto proponevasi di provare mediante testimonianza avesse formato o potuto almeno formare oggetto del contenuto nell'atto scritto; ed è a questa ipotesi infatti, che sono applicabili esclusivamente i motivi di quella disposizione proibitiva. Ora, non è certamente sullo stato di mente inferma del contraente o del disponente, che siasi potuto inserire qualche enunciazione efficace nell'atto;

(1) V. *Processo verbale*, n. 35, p. 404.

e dato pure che essendo questo ricevuto da un ufficiale pubblico, da un notaio, vi avesse egli dichiarato che chi contraeva o disponeva era in uno stato mentale perfettamente sano, una tale enunciazione non potrebbe avere alcun valore, e dovrebbe riguardarsi come non fatta, perchè l'ufficio del notaio è limitato a ricevere l'atto, ed accertare, sotto la fede pubblica che a questo è attribuita, le dichiarazioni e stipulazioni delle parti, e le formalità che vengono adempite, ma è affatto estraneo alle funzioni di lui l'esprimere giudizio sulle facoltà intellettuali di coloro che prendono parte all'atto. Dunque il provare che il contraente o il testatore non era sano di mente, non è contrario all'atto scritto, non aggiunge al contenuto di esso, nè riguarda cosa detta avanti, contemporaneamente o posteriormente all'atto medesimo; in una parola non va compreso, secondo la intenzione del legislatore, in alcuno dei casi contemplati nell'art. 1341, nè quindi è soggetto alla proibizione in questo contenuta della prova testimoniale.

Ciò che abbiam detto finora è applicabile completamente anche quando si tratti di provare che il contraente o il testatore, al momento in cui prestò il consenso al contratto, o dispose, trovavasi in uno stato di ubbriachezza tale da renderlo incapace d'una vera manifestazione di volontà; poichè in tal caso il contratto o l'atto è inesistente giuridicamente, non meno di quando l'incapacità naturale del contraente o disponente non dipenda da una causa accidentale e transitoria, ma da una causa permanente, come la demenza (1). Secondo l'opinione d'un autore, però, bisognerebbe distinguere tra il caso d'un testamento e quello di un contratto a titolo oneroso; ed ammettere sempre nel primo caso la prova testimoniale, nel secondo invece ammetterla solamente quando fosse allegato il dolo dell'altra parte, o concorresse almeno un principio di prova per iscritto.

---

(1) V. sopra, n. 101, p. 646.

« L'ebbrezza — egli dice — qualora giunga fino al
« punto di far perdere l'uso della ragione, essendo una vera
« demenza, si può offrirne la prova per testimoni, se sia
« stata la causa determinante d'una disposizione a titolo
« gratuito; ciò risultando dall'art. 901 (art. 763, n. 3, 1052
« cod. ital.). Ma se essa fosse allegata soltanto come causa
« d'un contratto a titolo oneroso, non sarebbe da ammet-
« terne la prova, se non quando vi fosse stato *dolo* dell'altra
« parte, che avesse trattato con chi sapeva essere ubbriaco,
« o quando esistesse un principio di prova per iscritto » (1).

Ma non crediamo potersi accogliere questa teoria. L'es-servi stato dolo dell'altra parte potrebbe influire, qualora l'ubbriachezza non fosse stata tale da togliere completa-mente a chi n'era preso l'uso della ragione. L'avere taluno concorso a procurare l'ebbrezza di colui che voleva in-durre a consentire al contratto, o l'avere anche solo pro-fittato a tale scopo dello stato di offuscamento dell'intelletto in cui l'altro fosse accidentalmente caduto, potrebbe allora essere considerato, a prudente apprezzamento dei giudici, come uno di quei raggiri, che costituiscono il dolo; ma in tal caso si tratterebbe di semplice annullabilità del con-tratto. Se l'ubbriachezza fu completa, se produsse inca-pacità naturale a consentire, non vi è solo annullabilità, ma inesistenza giuridica della convenzione; non vi è luogo sotto questo rapporto a nessuna differenza tra il caso del contratto a titolo oneroso e quello della disposizione di li-beralità; è affatto indifferente che siasi o no verificato dolo dell'altra parte contraente; e la prova testimoniale è sem-pre ammissibile, secondo le dimostrazioni già date sopra, indipendentemente dall'esistenza di qualsiasi principio di prova per iscritto.

120. Tenuto fermo il principio, che qualsiasi nullità dev'essere riconosciuta e dichiarata dall'autorità giudiziaria,

---

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. I, n. 502.

e finchè non vi sia sentenza che la pronunci l'atto continua a produrre gli effetti proprii della natura sua non altrimenti che se fosse pienamente valido (1); quando però una tale sentenza sia stata proferita ed abbia acquistata autorità di cosa giudicata, " l'atto dichiarato nullo non può, per sè " stesso, e in virtù del carattere sotto il cui rapporto venne " annullato, produrre più alcun effetto giuridico, sia per " l'avvenire, sia pure relativamente al passato, salvo che per " eccezione sia dal legislatore stabilito diversamente „ (2). Così quando il legislatore, per uno speciale e giusto riguardo ai rapporti di famiglia, volle mantenere gli effetti del matrimonio dichiarato nullo, ma contratto in buona fede da uno almeno dei coniugi, in favore dei figli, e di quello dei coniugi stessi del quale si fosse verificata la buona fede, non mancò di dichiararlo espressamente, in via di eccezione, nell'art. 116 del codice civile.

Del resto, la regola generale, che la sentenza dichiarante la nullità di un atto debba produrre effetti retroattivi, ha fondamento nei principii più certi e più elementari. Le sentenze hanno per essenza loro un carattere, non attributivo di diritti, ma semplicemente *dichiarativo*; il giudice non è che l'organo della legge; la nullità d'un atto non è prodotta dal giudicato che la pronuncia, ma dalla disposizione della legge violata, che ha per sanzione la nullità stessa; la quale pertanto si è verificata, in forza di quella disposizione di legge, fin dal momento in cui l'atto fu posto in essere; e se nondimeno questo continuò a produrre effetti come se fosse valido, ciò avvenne solo per la necessità di attendere che venisse promossa un'azione, od opposta una eccezione, in seguito alla quale si facesse riconoscere l'esistenza degli estremi producenti la nullità, e si facesse dichiarar questa giudizialmente. Una volta intervenuta tale dichiarazione, in applicazione della legge, è naturale che

---

(1) V. sopra, n. 118, p. 847.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 37, n° 19, 20.

questa debba avere gli effetti suoi per la nullità dell'atto fin dal tempo della formazione di esso, il quale perciò sia da considerarsi *non avere mai avuto esistenza giuridica*. Tutto ciò è ben semplice e chiaro. Nel dedurne però le conseguenze è necessario aver presente una distinzione fondamentale. Nel linguaggio giuridico usuale si suole assumere la parola *atto* in un senso comprensivo tanto dell'*atto vero e proprio* — vale a dire di ciò che le parti hanno operato, disposto o convenuto (*id quod actum est*) — quanto del *documento*, del mezzo di prova scritta, da cui l'atto vero e proprio può risultare. Ma è certo, nè importa poco il segnalarlo, che l'una cosa non può confondersi coll'altra. La nullità del documento — per non uscire dalla specialità della materia di cui ora ci occupiamo — non trae seco necessariamente sempre la nullità eziandio dell'atto vero e proprio, a cui quel documento si riferisce, dell'operato cioè delle parti, di ciò ch'esse hanno convenuto o disposto. Accade così veramente negli atti che si dicono *solenni*; dei quali la legge subordina l'efficacia all'osservanza di certe forme estrinseche reputate essenziali, talchè in mancanza di queste si riguarda come non esistente in diritto la convenzione o la disposizione stessa, che solo in quelle forme avrebbe potuto legalmente manifestarsi. Ma allora il nesso tra l'*atto istrumentale*, — il documento, e l'*atto vero e proprio* — la convenzione o disposizione che da quel documento dovrebbe risultare — è costituito eccezionalmente dal legislatore stesso; il quale considera come *non esistente il consenso che non sia espresso in quella data forma legale*. Per quegli atti, avuto riguardo all'indole ed importanza loro speciale, si è stimato che non possa esservi guarentia sufficiente di lealtà e perfetta coscienza nel consenso prestato dalle parti, se non quando esso sia stato espresso in quella forma e con quelle solennità determinate. Ed è naturalmente conseguente, che se l'atto instrumentale, richiesto come essenziale dalla legge, sia *nullo*, debba riguardarsi come *giuridicamente inesistente* la convenzione o la

disposizione, che solo apparendo in quella forma solenne avrebbe potuto prender vita legale e produrre effetti.

Fuori di questi casi, e quando l'atto istrumentale non sia richiesto dalla legge come forma essenziale e solenne, ma sia stato semplicemente scelto dalla libera volontà delle parti quale mezzo di prova della loro convenzione o disposizione, non si può attribuire alcuna influenza diretta e necessaria all'atto predetto sulla convenzione o disposizione che ne forma oggetto, di guisa che la nullità di quello abbia a trar seco pure la nullità di questa. Essendo allora limitato l'ufficio dell'atto istrumentale a quello semplicemente d'un mezzo di prova, e non essendo escluso per disposizione di legge che altri dei mezzi ordinari possano essere impiegati per provare l'esistenza della convenzione o disposizione; la nullità di cui sia infetto l'atto istrumentale medesimo, quando sia giudizialmente dichiarata, avrà per effetto di far considerare come non celebrato quell'istrumento, non già di privare d'efficacia giuridica la convenzione o disposizione, che se ne voleva fare constare. Avverrà in casi speciali che riesca impossibile provare con altri dei mezzi ammessi dalla legge l'accordo avvenuto tra le parti; ma se allora non si potrà conseguire, contro quella di esse parti che sia renitente, l'adempimento forzato delle obbligazioni assunte, ciò dipenderà *in fatto* dalla mancanza di prove della esistenza di quelle, *non in diritto* dalla nullità del documento con cui si era voluto precostituirne la prova. Che se, al contrario, altre prove possano offrirsi, ammissibili secondo le norme comuni, accertata l'esistenza delle obbligazioni, si otterrà la condanna giudiziale di chi le contrasse, ad adempierle, senza che possa nuocere la nullità dell'atto istrumentale, che le parti avevano celebrato per constatarle.

Ritenuta dunque questa distinzione tra l'atto istrumentale e l'atto vero e proprio delle parti, esaminiamo ora quali siano gli effetti particolari attribuibili alle dichiarazioni giudiziali di nullità dell'uno o dell'altro.

Quando sia dichiarato nullo semplicemente l'atto scritto, in cui le parti aveano voluto precostituire la prova della loro convenzione o disposizione, l'unico effetto derivante da tale dichiarazione di nullità consiste, come abbiamo detto, nel doversi riguardare come non avvenuta la scrittura medesima, come mancante questo mezzo di prova della obbligazione, ed a ciò si limita in questo caso il significato dell'adagio “ *Quod nullum est nullum producit effectum* „. Ma tanto è lungi di potersi dire nulla per questo solo anche la obbligazione, che anzi può tuttavia risultarne sotto altro aspetto la prova dall'atto istrumentale medesimo. Infatti nell'art. 1316 del codice civile è dichiarato espressamente: “ L'atto che per incompetenza od incapacità dell'ufficiale, o per difetto di forma, non ha forza di atto pubblico, vale come scrittura privata, quando sia stato sottoscritto dalle parti „.

Dal principio che la dichiarazione di nullità del documento restringe i suoi effetti a far considerare come non esistente quel mezzo di prova dell'obbligazione, senza però pregiudicare all'efficacia giuridica di essa, deriva dunque che se chi agisce in giudizio per l'adempimento d'una obbligazione produca in appoggio della sua domanda un atto nullo, offrendosi però in modo subordinato a somministrar la prova dell'obbligazione predetta con altri mezzi, il giudice dovrà esaminare se l'attore si trovi in uno dei casi in cui la legge autorizza le prove sussidiariamente proposte; e nell'ipotesi affermativa dovrà ammetterle, pur dichiarando la nullità del documento prodotto come mezzo principale di prova. Anzi talvolta, come vedremo più oltre, lo stesso atto nullo potrebbe, secondo le circostanze, formare un *principio di prova scritta*, atto a rendere ammissibile la testimoniale, a senso dell'art. 1347 cod. civ., o quella per presunzioni, secondo l'art. 1354.

Quando poi sia dichiarata la nullità o la rescissione dell'atto vero e proprio delle parti, e delle obbligazioni che ne risulterebbero, queste si considerano veramente come

non esistite mai giuridicamente; e il detto: " Quod nullum " est, nullum producit effectum „ trova la più completa sua applicazione. Ne consegue che le parti debbano allora essere rimesse nel medesimo stato e negli identici rapporti in cui si trovavano al momento della convenzione o disposizione annullata, riprendendo ciascuna ciò che avesse dato, e restituendo ciò che avesse ricevuto in esecuzione della convenzione stessa: " Restitutio ita facienda est, ut unus" quisque in integrum jus suum recipiat „ (L. 24, § 4, ff. *De minoribus vigintiquinque annis*).

L'obbligo della restituzione di ciò ch'era stato ricevuto in conseguenza dell'atto annullato comprende anche gli accessorii, come da una parte i frutti che la cosa nullamente venduta avesse prodotti, dall'altra gl'interessi del prezzo che fosse stato pagato.

Per altro, di fronte a tale obbligo, può talvolta una delle parti aver diritto a ripetere dall'altra qualche risarcimento, in virtù del principio di equità, che " *Nemo locupletari potest cum aliena jactura* „. Così, dato l'annullamento d'un contratto d'appalto di opere, l'appaltatore dovrebbe rendere il prezzo che gli fosse stato pagato, ma avrebbe diritto a reclamare una indennità corrispondente all'utile che le opere già eseguite avessero prodotto al concedente l'appalto.

Queste regole valgono tanto se sia assoluta, quanto se sia relativa la nullità dichiarata. Nè colui che l'avesse proposta, in quest'ultimo caso, potrebbe più rinunciarne agli effetti dopo la pronunciazione della sentenza di annullamento, nonostante che in solo favore di lui l'azione di nullità fosse ammessa. Poichè il privilegio concedutogli dalla legge riguardava appunto unicamente l'esercizio dell'azione; ma una volta intentata questa, e pronunciata la sentenza, i diritti delle parti ritornano all'uguaglianza, in ciò che riguarda l'esecuzione della sentenza medesima, nè può dipendere dall'arbitrio di alcuno dei contendenti il derogarne, senza il consenso dell'altro, agli effetti.

Avviene qualche volta, per eccezione, che annullato un

atto od un contratto, una delle parti non possa essere restituita nelle identiche condizioni nelle quali si trovava al momento in cui lo fermò, ma debba subire delle condizioni deteriori, imputabili a suo dolo od a sua colpa. Così, quando sia annullata una convenzione perchè uno dei contraenti abbia carpito con dolo il consenso dell'altro, chi agisce in nullità può inoltre richiedere all'altra parte il risarcimento dei danni; ma ciò dipende dal quasi-delitto, di cui l'autore del dolo si rese colpevole. Così, nel caso d'annullamento per inosservanza della legge, d'una obbligazione contratta da un minore, da un interdetto, da un inabilitato, da una donna maritata, l'altro contraente non può ripetere dall'incapace il rimborso di ciò che gli abbia pagato, se non quando " provi che quanto fu pagato venne rivolto a vantaggio dell'incapace medesimo " (art. 1307 cod. civ.). Ciò però è giustificato, non solo dalla protezione che bisognava accordare all'incapace, ma eziandio dalla colpa che l'altro contraente capace deve imputare a se stesso; dappoichè, non potendo ignorare la disposizione della legge, spettava a lui l'accertarsi che la somma ch'egli pagava in esecuzione del contratto annullabile venisse impiegata in un uso vantaggioso per l'incapace.

L'atto o il contratto dichiarato nullo, riguardandosi non mai esistito giuridicamente, come non può più essere opposto alla parte che ha promosso l'azione di nullità, così non può più essere invocato da lei stessa per uno scopo qualsiasi, per esempio di ottenere un risarcimento di danni. Nè la stessa autorità giudicante, nel pronunziare la nullità, potrebbe, sotto il pretesto che questa fosse attribuibile a colpa del convenuto, anzichè dell'attore, condannare quello a simile risarcimento. Con ciò il giudice aggiungerebbe arbitrariamente un'altra pena a quella che la legge ha statuita per la contravvenzione alle proprie disposizioni; essendosi il legislatore limitato a pronunciare la nullità dell'atto. Solo quando ricorressero gli estremi speciali costitutivi d'un delitto o d'un quasi-delitto d'una delle parti

a danno dell'altra, si farebbe luogo in favore di questa a poter chiedere il risarcimento, che allora sarebbe fondato, non sulla sola dichiarazione di nullità dell'atto, ma sul fatto speciale del delitto o del quasi-delitto, e sulla regola generale proclamata nell'art. 1151 del codice civile.

Abbiamo supposto finora — ed è il caso più frequente — che la nullità colpisca intieramente un atto od un contratto. Quando però esso contenga più capi indipendenti l'uno dall'altro, ad uno dei quali soltanto si riferisca la causa della nullità, è naturale che questa debba produrre gli effetti suoi relativamente a quel solo capo, lasciando intatta la validità dell'atto o della convenzione per gli altri, secondo la massima di ragione che “ *Utile per inutile non* “ *vitiatur* „. Così, in un testamento, che contenga più legati, la nullità per incapacità a ricevere d'uno dei legatari non potrebbe certamente nuocere alla validità degli altri legati.

Ma quando tra i diversi capi, quantunque distinti, dell'atto, esista un vincolo d'indivisibilità *naturale* o *intenzionale*, per cui debbano quei capi considerarsi come costituenti condizione l'uno dell'altro, la nullità, ancorchè la causa di essa sia veramente riferibile ad un solo dei capi predetti, colpirà necessariamente l'atto intiero.

Più comproprietari d'un fondo, tra i quali uno minore d'età, hanno consentita, per esempio, a favore del vicino la costituzione d'una servitù prediale. L'atto è unico, ma può considerarsi come comprensivo di altrettante concessioni distinte quanti sono i comproprietari, ciascuno dei quali consente per la propria quota a vincolare il fondo serviente (art. 636 cod. civ.). Or se l'atto costitutivo della servitù venga impugnato di nullità per inadempimento delle formalità necessarie per legge da parte del minore, la dichiarazione di nullità colpirà necessariamente pel tutto la costituzione della servitù, perchè questa essendo naturalmente *indivisibile* non può essere costituita nè estinta in parte soltanto.

Tizio ha comprato da Caio per prezzi distinti uno stabilimento e gli oggetti mobili necessari per esercitarlo. La vendita dello stabilimento è impugnata, a senso dell'articolo 1459 del codice civile, perchè la proprietà ne apparteneva ad un terzo. Il compratore avrà diritto a far dichiarare la nullità del contratto anche relativamente agli oggetti mobili; perchè tra l'uno e l'altro acquisto eravi una indivisibilità intenzionale, essendo stato nella mente sua accessorio all'acquisto dello stabilimento quello dei mobili, di cui non può più servirsi utilmente allo scopo per cui faceva il contratto, quando sia privato dello stabilimento.

121. Fu dimostrato nel numero precedente come l'effetto d'ogni sentenza dichiarativa della nullità di un atto, consista, in generale, nel far considerare l'atto medesimo *come non mai esistito in diritto*. Fu osservato però doversi dedurre da questo principio conseguenze diverse, secondochè la dichiarazione contenuta in sentenza riguardi la nullità intrinseca dell'atto, intesa nel senso vero e proprio — della convenzione, cioè, o disposizione, o dichiarazione delle parti — ovvero concerna la nullità estrinseca dell'atto instrumentale — dell'atto, cioè, inteso nel senso meno proprio, pel *documento*, pel mezzo di prova della convenzione o disposizione delle parti — il quale sia infetto di qualche vizio di forma. In quest'ultimo caso, la conseguenza della dichiarazione di nullità è di doversi riguardare in diritto come non esistito mai quel mezzo di prova piena della convenzione o disposizione delle parti, che l'atto instrumentale annullato avrebbe potuto somministrare; ma ciò non ferisce la validità intrinseca della convenzione o disposizione medesima, la quale potrà ancora essere provata con altri mezzi, se pure non vi faccia ostacolo la legge col prescrivere quella forma dell'atto, non come semplice mezzo di prova, ma come solennità indispensabile per l'esistenza giuridica di quella data convenzione o disposizione. Nell'altro caso, invece, si considera come non esistito mai giu-

ridicamente l'atto vero e proprio, la convenzione, disposizione o dichiarazione stessa delle parti; trova quindi la più estesa sua applicazione l'adagio: “ *Quod nullum est, nullum producit effectum* „ e la regolarità, che pur fosse pienissima, dell'atto instrumentale, non gioverebbe a nulla. In ambidue i casi, però, quella che si ha per mancante, è l'*esistenza giuridica* dell'atto instrumentale, od anche della convenzione o disposizione stessa delle parti, a cui esso servirebbe di prova; ma l'*esistenza di fatto* dell'uno o dell'altra non si verifica meno per ciò, nè sarebbe in potere del legislatore stesso il sopprimerla. L'atto non può più produrre effetti giuridici, nè per l'avvenire, nè relativamente al passato, *in virtù di quel carattere sotto il rapporto del quale venne annullato.* Ma resta a vedersi se l'*esistenza di fatto* dell'atto annullato possa ancora produrre qualche effetto legale; sia rispetto al *documento*, che non facendo più *piena fede* della convenzione e dei fatti ivi menzionati (art. 1317, 1320 cod. civ.) serva almeno ad altri scopi, e specialmente come principio di prova da potersi completare con altri mezzi; sia rispetto alla convenzione stessa, che non ostante la sua nullità, abbia prodotti in fatto dei rapporti suscettibili di effetti legali, o sia stata accompagnata da circostanze da cui risultino pei principii di legge diritti ed obbligazioni. Tali sono le ricerche proposteci in questo numero.

Cominciamo dal considerare il caso di nullità d'un atto come documento, come mezzo di prova d'una obbligazione, la quale però non sia intrinsecamente colpita essa stessa di nullità. E prima supponiamo una scrittura privata portante obbligazione unilaterale per una somma di denaro o per una quantità di cose determinate a peso, numero o misura; e che tale scrittura sia bensì sottoscritta dall'obbligato, ma non sia scritta intieramente di mano di lui, nè alla sottoscrizione sia aggiunto il *buono* od *approvato*, com'è prescritto dall'art. 1325 del codice civile. L'atto è nullo, nel senso che quella scrittura non può formare piena

prova della obbligazione. Ma potrà almeno valere come *principio di prova per iscritto*, all'effetto di rendere ammissibile la prova testimoniale, non ostante che il valore dell'obbligazione ecceda le 500 lire (art. 1347 cod. civ.), o quella per presunzioni (art. 1354 cod. civ.)?

Il principio di prova per iscritto, com'è espresso nel citato articolo 1347 " risulta da qualunque scritto, che " provenga da colui contro il quale si propone la domanda, " o da quello ch'egli rappresenta, e che renda verosimile " il fatto allegato „.

La provenienza dello scritto dalla persona obbligata, ossia l'accertamento che le disposizioni o le dichiarazioni contenute nell'atto siano veramente l'opera della persona a cui vengono opposte come principio di prova, può stabilirsi o per la scrittura del corpo dell'atto, che sia di mano di quella persona, o per la sottoscrizione, o per l'autenticità. Di quest'ultima non può trattarsi nel caso di cui parliamo, supponendosi una semplice scrittura privata. Ma per poter dire che lo scritto provenga da colui contro il quale si propone la domanda, per gli effetti dell'art. 1347, basta la scrittura, anche senza sottoscrizione, basta la sottoscrizione, ancorchè la scrittura sia di mano altrui. Nell'ipotesi nostra l'atto è sottoscritto dalla persona obbligata; vi è dunque abbastanza per accertare che *proviene da colui contro il quale si propone la domanda*. Quell'atto è stato con sentenza dichiarato nullo; e la conseguenza di tale dichiarazione è di farlo riguardare come inesistente in diritto, per l'effetto propostosi di avere in esso la piena prova della obbligazione unilaterale contenutavi. Ma l'esistenza di fatto della scrittura non si può togliere; quello è pur sempre uno scritto proveniente da colui contro il quale si propone la domanda. E perchè dunque non si potrà servirsene a fronte di lui, proponendolo come semplice *principio di prova per iscritto*, allo scopo di farsi ammettere a completarla colla prova testimoniale o con presunzioni? Rimarrà a vedersi se quello scritto qual'è, e col concorso delle cir-

costanze particolari del caso, basti a *rendere verisimile la domanda;* altro requisito, questo, che è prescritto dall'articolo 1347. E intorno a ciò spetta ai giudici del merito un apprezzamento di fatto, insindacabile. Ma in diritto non può negarsi alla scrittura portante obbligazione unilaterale per somma di denaro o quantità di cose, e che sia semplicemente sottoscritta dall'obbligato, la suscettibilità d'essere ammessa come principio di prova per iscritto, a senso dell'art. 1347 cod. civ. (1).

Supponiamo ora invece un atto pubblico, ma nullo per incompetenza od incapacità dell'uffiziale che lo ha ricevuto, o per difetto di forma. Se quell'atto, avendo per oggetto una obbligazione unilaterale, sia stato sottoscritto dalla parte che l'ha assunta, o se avendo per oggetto una convenzione bilaterale *sia stato sottoscritto dalle parti*, vale come scrittura privata (art. 1316 cod. civ.), e però fa la stessa fede dell'atto pubblico, qualora le sottoscrizioni appostevi vengano riconosciute, o siano legalmente considerate come riconosciute (art. 1320 cod. civ.). Possono però verificarsi in materia di convenzioni bilaterali altri due casi: o che nessuna delle parti abbia sottoscritto l'atto, od almeno non l'abbia firmato quella di esse che viene convenuta in giudizio per l'adempimento della obbligazione, avendo supplito alla mancanza di sottoscrizione la menzione fatta dal notaio della causa, dichiarata dalla parte, che le impediva di sottoscrivere; ovvero che abbia sottoscritto l'atto la parte contro cui si propone la domanda, e non quella che si rende attrice. In queste ultime due ipotesi, dichiarata la nullità dell'atto pubblico per incompetenza o incapacità dell'uffiziale, o per difetto di forma, potrà l'atto medesimo essere assunto come principio di prova scritta, a senso e per gli effetti degli art. 1347 e 1354 del cod. civ.?

La risposta è molto ovvia pel caso in cui l'atto pubblico

---

(1) V. Demolombe t. XXIX, n. 492, 493; Aubry e Rau, t. VIII, § 756, nⁱ 82, 83, 84; Laurent, t. XIX, n. 262, 263, 530.

dichiarato nullo non porti la sottoscrizione di quella delle parti che è convenuta in giudizio. Per poter invocare l'articolo 1347, dovrebbesi provare che l'atto allegato come principio di prova per iscritto provenisse da colui contro il quale si propone la domanda. Or non avendo egli nè scritto nè sottoscritto quell'atto, da che cosa si potrebbe far risultare questo requisito indispensabile? Unicamente dall'attestazione del notaio, che nell'atto annullato poneva in bocca alla parte quelle dichiarazioni, delle quali si vuole valersi contro di lei a titolo di principio di prova, e faceva poi menzione aver essa dichiarato di non potere, per una determinata causa, apporre la propria sottoscrizione. Ma queste attestazioni dell'uffiziale, che ha ricevuto l'atto, non hanno più alcun valore, dal momento che l'atto stesso è dichiarato giudizialmente nullo per incompetenza od incapacità dello stesso uffiziale ricevente, o per vizii di forma, e non ha quindi più alcuna autenticità. Dunque, non potendosi affermare che l'atto, su cui vorrebbesi fondare il principio di prova scritta, *provenga da colui contro il quale si propone la domanda*, manca un requisito essenziale per rendere applicabile l'art. 1347.

È ben altrimenti quando la parte, contro cui si propone come principio di prova scritta l'atto pubblico annullato, vi abbia apposta la propria sottoscrizione. Questa è sufficiente, come già abbiamo notato, per accertare la provenienza dell'atto da colui contro il quale si propone la domanda. La dichiarata nullità dell'atto come pubblico, e il non poter esso valere neppure come scrittura privata, a senso dell'art. 1316 cod. civ., per non essere stato sottoscritto da tutte le parti, impediscono di poterne trarre la *prova piena* della convenzione contenutavi, e delle relative obbligazioni. Ma a ciò si limita la conseguenza dell'avvenuta dichiarazione giudiziale di nullità; questo è il solo senso in cui può essere applicata al caso la massima: “ *Quod* “ *nullum est, nullum producit effectum* „; e la convenzione, nella quale si suppone non verificarsi cause intrinseche di

nullità, può ancora essere provata con altri dei mezzi ordinari ammessi dalla legge. Ora, perchè si dovrebbe assolutamente escludere che l'atto pubblico nullo, sottoscritto da colui contro il quale si agisce per ottenere l'adempimento delle obbligazioni risultanti da quella convenzione, potesse essere assunto come principio di prova per iscritto, al fine di far ammettere a complemento le altre prove per testimoni e per presunzioni, se è certo che quello scritto proviene da colui avverso il quale è proposta la domanda, e si è quindi nei precisi termini dell'articolo 1347 del codice civile? Potrebbe darsi veramente che le parti avessero inteso di subordinare le rispettive loro obbligazioni alla condizione imprescindibile che la convenzione dovesse risultare da un atto autentico in valida forma; nel qual caso, annullato l'atto, venendo a mancare la condizione stipulata dalle parti, la convenzione medesima non potrebbe più avere alcun effetto, e diverrebbero per ciò solo inammissibili le ulteriori prove proposte; giusta la massima: " *Frustra probatur, quod probatum non relevat* „. Ma questa è una ipotesi eccezionale, che avrebbe bisogno d'essere provata in fatto; e finchè non sia chiaramente dimostrata una tale intenzione delle parti contraenti, è da ritenere, secondo i principii generali, che nonostante l'annullamento dell'atto come mezzo di prova, la convenzione a cui esso riguardava conservi la sua validità intrinseca, e possa essere utilmente provata con altri dei mezzi ammessi dalla legge. Posto ciò, e non essendo negabile che l'atto annullato provenga da colui che in segno di farlo proprio vi appose la sottoscrizione, e che ciò possa rendere verosimile ch'egli abbia veramente contratta l'obbligazione risultante dall'atto medesimo, sebbene questo, in forza della pronunziata dichiarazione giudiziale di nullità, non possa più avere il valore d'una *prova piena;* non si vede ragione per cui, nonostante il concorso d'ambe le condizioni stabilite nell'art. 1347 del codice civile, sia da escludersi l'ammissibilità di quell'atto come principio di prova

per iscritto. Certamente, potrà ancora contendersi sulla *verisimiglianza* del fatto che la parte, da cui l'atto annullato era stato sottoscritto, avesse veramente assunta l'obbligazione, della quale le si chiede l'adempimento. E intorno a ciò, come già abbiamo osservato, compete all'autorità giudicante una facoltà insindacabile di apprezzamento. Ma la disputabilità di questo punto di fatto non può indubbiare la massima di diritto, che l'atto pubblico dichiarato giudizialmente nullo, ma sottoscritto dalla parte, che in esso avrebbe assunta per convenzione bilaterale un'obbligazione, di cui le si chiede l'adempimento, possa essere accolto come principio di prova per iscritto, per l'ammissione delle prove per testimoni o per presunzioni, a senso degli articoli 1347 e 1354 del nostro codice civile.

Conformi a questa massima sono infatti le opinioni del maggior numero degli scrittori francesi (1). Qualche altro autore ha insegnata la massima opposta, sostenendo che per lo spirito della legge le parti contraenti debbono trovarsi in uguali condizioni anche relativamente ai mezzi coi quali possano provare in giudizio le obbligazioni assunte dall'altra parte, ed osservando che tale uguaglianza sarebbe offesa qualora fosse ammesso in favore di uno dei contraenti un mezzo di prova, o un principio di prova, di cui l'altro non sarebbe in grado di potersi giovare (2). Che secondo lo spirito del codice francese fosse da ritenersi fondamentale l'accennata parità di condizioni fra le parti, anche in ordine ai mezzi di prova proponibili in giudizio, si voleva argomentarlo dalla disposizione dell'articolo 1325 di detto codice, in cui era stabilito che " le scritture private, " le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, non " sono valide quando non siano state fatte in tanti originali " quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto ".

(1) Toullier, t. IX, n. 86, 87; Solon, *Tr. des null.*, t. II, n. 18-23; Larombière, *Tr. des obl.*, t. V, art. 1347, n. 20; Zachariæ, t. III, § 764, n. 21; Aubry e Rau, t. VIII, § 764, n. 27; Laurent, t. XIX, n. 502.
(2) V. Duranton, t. XIII, n. 352; Demolombe, t. XXX, n. 121.

Era assai contestabile, e contraddetto infatti da molti, che fosse da assegnarsi per vero motivo di quella disposizione l'essersi voluto dal legislatore stabilire una perfetta parità di posizione fra le parti in ordine alla facilità della prova. Ma qualunque fosse l'opinione preferibile intorno a ciò, l'argomento che si deduceva dall'art. 1325 del codice francese non deve occuparci; non essendo una simile disposizione stata riprodotta nel codice italiano, perchè parve contraddicente al sistema delle prove l'ammettere, in materia di convenzioni bilaterali, che una delle parti contraenti, riconoscendo come propria la sottoscrizione apposta alla scrittura, potesse tuttavia negare a questa il valore della prova per non essersi redatto il doppio originale (1). Considerata poi la massima, che si vorrebbe stabilire, al solo lume dei principii generali di diritto, sembra chiaro che non possa essere accettata. Non è da negarsi che per l'essenza delle convenzioni bilaterali il vincolo giuridico che ne risulta debba esistere con efficacia uguale per ciascuna delle parti indistintamente, e che all'una ed all'altra debbano competere in diritto i medesimi mezzi per costringersi reciprocamente all'adempimento delle rispettive obbligazioni, e per somministrarne in giudizio le prove. Ma questa uguaglianza di diritto non è contraddetta per la diversa situazione in cui ciascuno dei contraenti possa di fatto trovarsi rispetto alle prove che sia in grado di proporre effettivamente. Vi sarebbe disuguaglianza di trattamento se la legge accordasse ad uno dei contraenti di giovarsi d'un principio di prova che all'altro fosse negato. Ma la disposizione dell'art. 1347 è applicabile indistintamente sì all'uno che all'altro dei contraenti, quando possa produrre uno scritto proveniente dall'altra parte, e che renda verosimile il fatto allegato contro di lei. L'uguaglianza di diritto è dunque rispettata. Che poi, trattandosi di atto pubblico viziato di nullità, ma relativo ad un'obbli-

---

(1) V. *Relazione* Pisanelli, p. 48-50; *Relazione* Vacca, p. 31.

gazione bilaterale intrinsecamente valida, ed essendo quell'atto sottoscritto da una sola delle parti contraenti, sia unicamente l'altra che possa produrre come principio di prova quest'atto sottoscritto da colui contro il quale propone la domanda, è una circostanza di mero fatto, la quale produce bensì tra le due parti una diversità di condizioni, ma non altera l'uguaglianza di diritto. D'altronde il sistema contrario avrebbe per conseguenza di sopprimere affatto, in materia di convenzioni bilaterali, il principio di prova derivabile da un atto scritto, che amendue le parti non si trovassero in grado di produrre; ciò che sarebbe manifestamente contrario alla lettera ed allo spirito della legge.

Sul fondamento dello stesso principio di prova scritta può essere deferito d'uffizio dal giudice ad una delle parti il giuramento suppletivo (art. 1374, 1375 cod. civ.). Nel secondo dei citati articoli sono infatti stabilite le condizioni, il concorso delle quali può far luogo a deferire d'uffizio il giuramento; e sono, che la domanda o l'eccezione non sia pienamente provata, nè totalmente mancante di prova. Occorre pertanto un *principio di prova;* il cui carattere è diverso secondo la natura dei fatti sui quali la domanda o l'eccezione si fondi. Qualora questi fatti siano tali da non potersene ammettere, a norma di legge, la prova testimoniale se non sulla base d'un principio di prova scritta, il giudice non può deferire il giuramento suppletivo fuorchè quando esista un principio di prova di questa specie. Ora, poichè un principio di prova scritta può dedursi, come dimostrammo, da un atto pubblico dichiarato nullo, a carico della parte che lo abbia sottoscritto, quantunque si tratti di convenzione bilaterale, e manchi nell'atto la firma dell'altra parte contraente, potrebbe dunque esser deferito, in base a tale principio di prova, il giuramento suppletivo.

Un atto instrumentale, non ostante la dichiarazione giudiziale della nullità di esso, e la conseguente inefficacia a formare prova piena della convenzione o disposizione che aveva per oggetto di accertare e provare, può ancora aver

valore di prova sufficiente rispetto alle dichiarazioni ed enunciazioni che vi si trovino accessoriamente inserite dalla parte capace di obbligarsi, che abbia sottoscritto l'atto viziato di nullità. Esse infatti non sono altro che confessioni stragiudiziali, le quali sebbene contenute incidentalmente in un atto nullo, non mancano però della efficacia di prova scritta, dappoichè risultano da una scrittura la cui verità fu confermata dalla parte mediante la propria sottoscrizione. Nè questo valore di prova può cessare per la dichiarazione di nullità, che fa considerare l'atto come inesistente in diritto per quanto riguarda la piena prova, che in esso volevasi precostituire, della convenzione o disposizione a cui principalmente riguardava; poichè, non ostante ciò, non è, nè potrebbe essere distrutto il fatto della esistenza materiale di quello scritto, a cui dà valore la sottoscrizione della parte, e che contiene confessioni, delle quali l'altro contraente può giovarsi. Quelle confessioni anzi formano prova piena dei fatti che vi sono dichiarati, qualora l'altra parte contraente sia quella stessa persona nel cui interesse quelle dichiarazioni od enunciazioni siano fatte, e che poi le invochi; poichè in tal caso quelle dichiarazioni od enunciazioni costituiscono vere confessioni stragiudiziali *fatte alla parte;* mentre se riguardassero l'interesse d'un terzo, non intervenuto all'atto, non potrebbero somministrare che un *semplice indizio* (art. 1358 cod. civ.). Così, se in un atto pubblico dichiarato poi nullo, ma sottoscritto dalle parti, una di esse abbia riconosciuto di aver ricevuta dall'altra una somma di danaro, o di possedere un bene mobile od immobile a questa appartenente, tale riconoscimento avrà effetto di prova piena nell'interesse dell'altro contraente, il quale potrà quindi in base di essa ottenere la condanna giudiziale del confitente a restituirgli quella somma, od a riconsegnargli il bene precariamente posseduto.

Un atto, quantunque dichiarato nullo, può nondimeno avere virtù di privare d'effetto un atto anteriore, dimo-

strando un cangiamento di volontà in chi n'è autore. Ne porge esempio la revocazione del mandato, che può essere anche tacita, e risulta virtualmente, per semplice presunzione di legge, dalla costituzione d'un nuovo procuratore pel medesimo affare, con effetto dal giorno in cui la nomina del nuovo mandatario sia notificata all'antico (art. 2006 cod. civ. franc.; 1760 cod. it.). Chè se anche l'atto di nomina del nuovo procuratore sia nullo — ad esempio per incapacità di lui — od egli rifiuti il mandato, la revocazione della procura anteriore ha nondimeno tutto il suo effetto, in forza appunto di quell'atto, che quantunque inefficace per ciò che riguarda la sostituzione d'altro procuratore, manifesta nondimeno la volontà deliberata del mandante di ritirare la sua fiducia e togliere i poteri al mandatario precedente. È questa la teoria spiegata in proposito dal *Pothier* all'appoggio del diritto comune, e seguita anche dalla dottrina moderna:

" Quando taluno, dopo avere incaricato d'un affare un " primo mandatario, ha poi conferita procura pel mede- " simo affare ad altra persona, vi è perciò solo presun- " zione sufficiente ch'egli abbia rivocato il mandato ante- " riore: *Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos,* " *posteriorem dando, priorem prohibuisse videri* „ (L. 31, § 2, ff. *De procur.*).

" Questa presunzione dev'essa aver luogo allorchè la " seconda procura sia nulla, per esempio perchè con- " ferita ad una persona che il mandante credeva vivere " ancora, mentre era già morta, o perchè il mandatario " non abbia voluto accettarla? Penso che la prima procura " debbasi nondimeno presumere rivocata; *perchè, quantunque* " *la seconda non abbia effetto, non è men vero che il mandante* " *ebbe la volontà di conferire ad un altro la gestione del-* " *l'affare che ne formava oggetto... e questa volontà suppone* " *quella di toglierla al mandatario primitivo* „ (1).

---

(1) V. Pothier, *Tr. du contrat de mandat*, n. 114; Solon, *Tr. des nul-*

Ciò che abbiam detto finora riguarda il caso che la dichiarazione di nullità non colpisca l'atto vero e proprio delle parti, le loro convenzioni, disposizioni o dichiarazioni, ma colpisca unicamente l'atto instrumentale, come documento, come mezzo di prova. Quantunque nell'altro caso, di nullità intrinseca dell'atto nel senso più proprio della parola, debba applicarsi — come già osservammo con maggiore estensione la massima: “ *Quod nullum est, nullum producit effectum* „ nel senso che l'atto annullato non può più produrre, nè per l'avvenire, nè pel passato ancora, alcuno degli effetti giuridici che sono proprii della natura sua; non è però da escludersi neppure in tale ipotesi che qualche conseguenza giuridica possa ancora derivare dalla *esistenza di fatto* dell'atto annullato. In primo luogo l'essere quest'atto esistito, quantunque nullamente, può avere costituito fra le parti dei *rapporti di fatto*, dei quali sarebbe impossibile ed ingiusto il non tener conto, e dai quali possono essere derivati diritti ed obbligazioni reciproche, in virtù dei principii generali di diritto. È stata dichiarata, per esempio, la nullità d'un matrimonio, in occasione del quale era stata costituita alla sposa una dote, che lo sposo ha ricevuta. Sarebbe mai possibile disconoscere questi rapporti di fatto, e negare a chi ha costituito la dote il diritto di ripetere dallo sposo la restituzione di ciò che gli fu dato a titolo dotale? Un tale titolo manca dacchè è pronunciato l'annullamento del matrimonio, non meno che se questo non fosse seguìto (arg. art. 1068 cod. civ.); manca quindi la causa per la quale soltanto lo sposo potrebbe ritenere i beni dati in dote. E supposto pure il caso che il matrimonio fosse stato contratto in buona fede, sicchè fosse applicabile la disposizione dell'art. 116 del codice civile; dal giorno però dell'annullamento, gli effetti

---

lités, t. II, n. 62, 63; Troplong, *Du mandat*, art. 2006, n. 788; Pont, *Commentaire — Traité des petits contrats*, art. 2006, § II, t. I, n. 1161 in f^{e}; Aubry e Rau, t. IV, § 416, n^{a} 6.

sarebbero da parificarsene a quelli dello scioglimento del matrimonio, e farebbesi quindi luogo egualmente alla restituzione dei beni costituiti in dote, salvo il lucro dei frutti percetti, che rimarrebbero acquisiti a favore del marito, in conseguenza appunto della buona fede in cui egli aveva contratto il matrimonio nullo (detto art. 116 comb. col 703 cod. civ.).

Parimente, suppongasi pronunciata la nullità di un contratto di società, che per qualche tempo abbia già avuta esecuzione. L'effetto della dichiarazione di nullità essendo di far considerare privo, fin dall'origine, di esistenza giuridica l'atto annullato, e perciò non potendo esso, nè per l'avvenire, nè pel passato, reputarsi produttivo di quegli effetti giuridici che avrebbero dovuto derivarne secondo il carattere in rapporto al quale ne fu pronunciato l'annullamento, è ben certo che i rapporti di diritti e di obbligazioni fra coloro, che si credevano soci, non potranno più essere regolati colle norme particolari proprie di questo contratto di società. Ma d'altra parte, essendosi a quel contratto data esecuzione, avendo i creduti soci effettivamente conferito in tutto od in parte ciò che avevano promesso di mettere in comunione, essendo stata amministrata nell'interesse comune quella massa di beni, essendo quest'amministrazione stata esercitata da alcuni dei soci per l'interesse degli altri, essendosi verificati nella gestione sociale o guadagni o perdite; è pur giusto e imprescindibile che si faccia luogo alla restituzione dei beni conferiti, ed al riparto dei guadagni o delle perdite verificatesi, che coloro dai quali fu esercitata l'amministrazione ne rendano conto, che in dipendenza di questo conto si soddisfacciano rispettivamente i reliquati. E se tutto ciò non può aver luogo pel titolo del contratto di società, che in seguito al pronunciatone annullamento si reputa non aver mai esistito giuridicamente, dovrà almeno seguire secondo i principii generali di diritto, in base a quella *comunione d'interessi*, che di fatto si è verificata, acciocchè non accada

che contrariamente all'equità si arricchiscano gli uni a pregiudizio degli altri.

Può avvenire altresì talvolta che la stessa dichiarazione di nullità di un atto dia occasione a poter ripetere il risarcimento dei danni che ne siano derivati. E ne porge esempio l'articolo 1459 del codice civile, che nel proclamare nulla la vendita della cosa altrui, dichiara espressamente che " essa può dar luogo al risarcimento de' danni, se il com-" pratore ignorava che la cosa era d'altri ". La dichiarazione di nullità di questa vendita le toglie tutti gli effetti giuridici, che sotto i rapporti appunto del contratto di compra e vendita avrebbero dovuto derivarne. Ma la esistenza di fatto di tale contratto può aver prodotti a pregiudizio del *compratore di buona fede* certi danni; e di questi è giusto ch'egli sia risarcito dal venditore, il quale poteva e doveva sapere se la cosa che faceva oggetto di vendita gli appartenesse, o no.

Qualche volta ancora la natura stessa della causa di nullità d'un contratto può dar fondamento ad una domanda di danni-interessi; quando quella causa dipenda da un fatto costituente delitto o quasi-delitto imputabile ad una delle parti; facendosi allora luogo all'applicazione del principio generale stabilito nell'art. 1151 del codice civile. Così avviene quando s'impugni di nullità una convenzione per dolo (art. 1115 cod. civ.), od anche per violenza usata contro chi ha contratta l'obbligazione, dalla persona a cui vantaggio sia fatta la convenzione (confr. art. 1111 cod. civ.).

122. Per conoscere quali possano essere le conseguenze d'una sentenza, che pronunci la nullità di un atto o d'un contratto, rimpetto ai terzi che all'efficacia di esso siano interessati, è necessario aver presenti e combinare due principii; l'uno dei quali riguarda gli effetti, in generale, della dichiarazione di nullità, l'altro concerne quelli degli atti traslativi di proprietà o di diritti reali.

Da una parte l'atto annullato si considera non avere mai avuto esistenza nè effetti giuridici; dall'altra chi abbia trasmessi ad un terzo i diritti, che aveva acquistati mediante l'atto viziato di nullità, non può avere trasferiti all'acquirente che diritti soggetti alla stessa annullabilità; poichè " Nemo plus juris in alium transferre potest, quam " ipse haberet „ (L. 54 ff. *De regulis juris*).

Della qual massima è fatta applicazione nell'art. 1976 del nostro codice, dove trattando dell'ipoteca convenzionale si è disposto così: " Coloro che hanno sull'immo- " bile un diritto sospeso da una condizione, o risolvibile in " casi determinati, *o dipendente da titolo annullabile*, non " possono costituire che un'*ipoteca soggetta alle medesime* " *eventualità* „.

La conseguenza naturale di queste premesse è dunque, che gli effetti dell'annullamento d'un atto o d'un contratto debbano necessariamente estendersi a danno dei terzi, ai quali i diritti procedenti da quell'atto o da quel contratto siano stati trasmessi; giacchè essi terzi, non avendo potuto acquistare che diritti soggetti alla stessa annullabilità, debbono subirne la conseguenza nella retroattività di effetti della sentenza con cui la nullità venga poi dichiarata. E questa è infatti accettata come regola generale, senza limitazioni, dal più gran numero degli autori (1).

Tuttavia non sono mancati autorevoli appoggi anche ad opinioni diverse. Vi è stato chi ha sostenuto che la nullità o la rescissione d'un contratto producono bensì i loro effetti anche contro i terzi, quando questi furono *in mala fede*, e poterono e doverono conoscere la causa dell'evizione; trattandosi d'una nullità di forma, apparente, ovvero d'una incapacità resa pubblica coi mezzi prescritti dalla legge, ovvero di un vizio dell'obbligazione, di tale natura da potere e dovere esser preveduto, come quello della *lesione;*

(1) V. Toullier, t. VII, n. 549; Chardon, *Tr. du dol.*, n. 55; Duranton, t. XII, n. 564-569; Chabot, *Comm. sur la loi des successions*, art. 887, n. 5; Demolombe, t. XXIX, n. 170; Aubry e Rau, t. IV, § 336, 1°.

o quando il terzo deriva il proprio diritto da una *disposizione a titolo gratuito;* ma che quando invece si tratta d'un atto o d'un contratto annullabile o rescindibile *per causa non apparente*, e il terzo ha acquistato *in buona fede a titolo oneroso*, ed ha adempite le formalità necessarie per avvertire del proprio acquisto coloro che abbiano diritti da esercitare sulla cosa che ne forma oggetto; contro questo terzo non possono farsi valere gli effetti della dichiarazione di nullità dell'atto d'acquisto dell'autor suo. A dimostrare quest'ultima proposizione, si fa osservare: essere necessario per l'interesse pubblico, che sia guarentita la validità degli acquisti compiuti in buona fede e coll'osservanza di tutte le formalità prescritte dalla legge per renderli irrevocabili; altrimenti cessare ogni sicurezza nelle contrattazioni; chi acquista dal vero proprietario, non poter sapere se il contraente sia stato ingannato, e se siano stati, per esempio, usati raggiri fraudolenti per indurlo a vendere; colui ch'era in diritto d'intentare l'azione di nullità o di rescissione, trovarsi ordinariamente, o doversi trovare in condizione di conoscere la causa dell'azione, e il diritto che gli compete di prevalersene; ritardando ad esercitarla fin dopo che il terzo acquirente abbia adempite le formalità stabilite dalla legge per render pubblico il proprio acquisto, darsi fondamento a presumere una tacita conferma dell'atto annullabile; se anche egli ignori la causa di nullità del contratto, l'errore nel quale incorre dover produrre le sue conseguenze a danno di lui stesso, e non del terzo; offrire un argomento di analogia ciò ch'è disposto dalla legge in ordine all'*azione revocatoria*, essendo statuito ch'essa non possa esercitarsi a danno di un terzo contraente a titolo oneroso, se non quando egli sia *partecipe della frode* fatta alle ragioni dei creditori (art. 1235, § 2, cod. ital.) (1).

Non negheremo certamente la importanza di queste con-

(1) V. Delvincourt, t. II, p. 123, n° 1; Solon, *Tr. des null.*, t. II, n. 150-171.

siderazioni; ma ci sembra manifesto com'esse si riferiscano esclusivamente al diritto costituendo. Anche in quest'ordine d'idee vi sarebbero forse altre non meno gravi ragioni da poter opporre a quelle sopra riferite. Ma ciò che importa veramente, a nostro avviso, è di riconoscere se la legislazione vigente offra qualche positivo fondamento alla massima che si vorrebbe stabilire. Imperocchè — non bisogna dimenticarlo — si tratterebbe di derogare per protezione alla buona fede, e per motivi d'interesse pubblico, a due principii fondamentali, quali sono quelli dell'effetto della dichiarazione di nullità, che distrugge retroattivamente l'esistenza giuridica dell'atto annullato, e della massima: " *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse* " *haberet* „. Ora il derogare, per protezione della buona fede, ai principii generali di diritto è ufficio del legislatore, non dell'interprete; come al legislatore unicamente appartiene lo stabilire se e fino a qual limite l'interesse generale possa giustificare una eccezione a quei principii. Ristretta l'indagine in questo campo, non teorico, ma di semplice diritto positivo, non si sa scorgere quale fondamento si possa trovare alla dottrina sviluppata dal *Delvincourt* e dal *Solon*, nelle disposizioni del codice francese; come nessuno giungiamo a scoprirne nel codice italiano. Nè quegli stessi autori hanno addotto veramente alcun argomento di diritto positivo; toltone uno, che hanno creduto di poter derivare per analogia dalle regole dell'*azione revocatoria*. Ma è facile persuadersi che questa medesima analogia non sussiste.

Coll'azione revocatoria non s'impugna un atto fatto dal debitore, perchè abbia in sè qualche vizio di nullità; ma perchè, pure avendo tutti i requisiti necessari per la sua validità, è però stato fatto a danno dei creditori d'uno dei contraenti, e in frode delle loro ragioni. Nè poi l'altro contraente è veramente *un terzo*, rispetto all'azione revocatoria intentata, come è terzo rispetto all'azione di nullità d'un contratto d'acquisto il subacquirente, che solo indi-

rettamente risentirebbe gli effetti dell'azione promossa contro il suo autore, perchè annullato l'acquisto fatto da costui rimarrebbe priva di effetto la trasmissione ulteriore della medesima cosa da lui consentita a favore del subacquirente predetto. Ma l'azione revocatoria è invece promossa dai creditori *contro l'atto fatto in frode delle loro ragioni*, e quindi non solo contro il loro debitore, ma contemporaneamente contro l'altro contraente; ond'è giustificato che per dare fondamento all'azione avverso quest'ultimo, il quale non ha rapporti diretti coi creditori che la promuovono, sia necessario — com'era ritenuto anche dalla dottrina francese, e com'è espresso nell'art. 1235, § 2 del codice italiano — che o si tratti d'atto a titolo gratuito, nel qual caso si applica la massima che debbano essere preferiti i creditori — *qui certant de damno vitando* — all'acquirente a titolo di beneficenza — *qui certat de lucro captando* — ovvero, se si tratti d'atto a titolo oneroso, alla frode abbia partecipato col debitore anche l'altro contraente, avverso cui si chiede l'annullamento dell'atto. Neppure quest'unico argomento, che si appellerebbe ad un testo positivo di legge, può dunque reputarsi fondato.

Del resto le stesse ragioni teoriche, che con tanto studio vennero raccolte, e che sopra abbiamo riferite, hanno, se pure non erriamo noi, un difetto sostanziale; quello cioè di considerare la questione sotto il solo aspetto della protezione meritata dalla buona fede del terzo, e dell'interesse pubblico di guarentire la sicurezza degli acquisti. Ma a tutto ciò bisognava contrapporre, dall'altro lato, la protezione che merita il diritto di chi agisce in nullità, e l'interesse pubblico, che pur vi è, di mantenere in tutta la sua efficacia la sanzione che la legge ha voluto dare alle proprie disposizioni, collo stabilire che gli atti con cui vi si contravvenga possano essere annullati, ed essendoli, si considerino come inesistenti e completamente inefficaci fin dalla loro origine.

In questo conflitto di opposte considerazioni della stessa

natura, al solo legislatore sarebbe spettato di risolvere a quali dovesse darsi la prevalenza. Nel silenzio di lui, gl'interpreti non possono che attenersi all'osservanza dei principii generali; secondo cui non può esser dubbio che in seguito alla dichiarazione di nullità di un atto, e per gli effetti retroattivi di essa, tutti i diritti che siano stati conceduti ad altri, dalla persona contro cui tale dichiarazione è stata pronunciata, sui beni dei quali era divenuta proprietaria in virtù del contratto annullato, debbono scomparire; facendo così ripercuotere le conseguenze dell'azione di nullità o di rescissione anche contro i terzi, ai quali quei diritti erano stati trasmessi.

Nel codice nostro poi non è al solo silenzio del legislatore su questo punto di questione, che dobbiamo riferirci; ma vi troviamo disposizioni, le quali tornano a conferma della dottrina prevalente in Francia. Vi sono infatti indicate nominatamente quelle azioni di rivocazione, di risoluzione, ed anche di rescissione, le quali *non possono essere proposte in pregiudizio dei terzi che hanno acquistati diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda*. Così per la condizione risolutiva espressa o tacita nella donazione, per inadempimento dei pesi imposti al donatario (art. 1080), o per ingratitudine, o per sopravvenienza di figli (art. 1088); per l'azione revocatoria (articolo 1235, § 3); per la rescissione per lesione (art. 1308, § 2); per la condizione risolutiva espressa o tacita, nella vendita d'immobili, per l'inadempimento degli obblighi del compratore (art. 1511); per la risoluzione della permuta nei casi determinati dalla legge (art. 1553); per la risoluzione della cessione d'immobili in correspettivo della costituzione di rendita, nel caso d'inadempimento dei pesi (art. 1787). E corrispondentemente tutte queste domande di rivocazione, rescissione, o risoluzione, sono poi annoverate nell'art. 1933 tra gli atti che per speciali effetti stabiliti dalla legge vanno soggetti a trascrizione. Nulla di simile è disposto invece intorno alle domande di nullità;

il che dunque vale, per argomento *a contrario*, a confermare l'idea che tali domande e le conseguenti dichiarazioni di nullità producano effetto a danno dei terzi; e l'argomento è tanto più efficace pel confronto tra le azioni di *nullità* e quella di *rescissione*, le quali in altre disposizioni del codice sono pareggiate e sottoposte ad identiche regole, mentre qui la legge parla dell'*azione di rescissione per causa di lesione*, e tace delle *azioni di nullità*.

Oltre a ciò, nella relazione, colla quale fu presentato al Senato dal ministro *Pisanelli* il progetto del terzo libro del codice civile, fu chiaramente manifestato il concetto che la dichiarazione di nullità di un atto, ancorchè trascritto, operasse i suoi effetti anche a danno dei terzi; i quali perciò, in forza della retroattività di quella dichiarazione, dovessero perdere i diritti che avessero acquistati sui beni formanti oggetto dell'atto annullato, sebbene l'acquisto di tali diritti fosse pure stato reso pubblico mediante la trascrizione.

Ecco infatti il quesito formulato in quella relazione, e la risposta che vi è fatta, per ciò che riguarda le azioni di nullità :

“ La trascrizione opererà irrevocabilmente la traslazione
“ del diritto riguardo ai terzi, qualunque sia per essere la
“ sorte dell'atto trascritto nei rapporti delle parti con-
“ traenti ?

“ *Se l'atto è nullo perchè uno dei contraenti si trova inca-*
“ *pace di contrattare, o perchè non fu libero il consenso,* o
“ perchè manca alcuna delle condizioni o delle formalità
“ richieste alla sua essenza, *non si può a meno di fare risa-*
“ *lire la pronunziata nullità al tempo della sua stipulazione;*
“ *ciò che è nullo non ha potuto produrre alcun effetto*. La tra-
“ scrizione, che opera nei soli rapporti coi terzi, non ha
“ potuto imprimere all'atto un valore di cui mancava,
“ *onde i diritti acquistati dai terzi devono cadere coll'atto*
“ *medesimo* „ (1).

---

(1) V. *Relazione* Pisanelli, n. 77.

La relazione prosegue poi passando in rassegna le diverse azioni di revocazione, risoluzione o di rescissione, e dimostrando i motivi per cui gli effetti di alcune di quelle azioni si ritennero operativi anche contro i terzi, al pari delle azioni di nullità, mentre per altre fu stabilito invece che non siano opponibili ai terzi i quali abbiano acquistati e regolarmente conservati diritti sugl' immobili anteriormente alla trascrizione delle domande di rivocazione, risoluzione o rescissione. Da ciò risulta dunque evidente il pensiero, che quanto alle azioni di nullità — a differenza di quella di rescissione per lesione — le conseguenze dei giudicati dichiarativi delle nullità stesse siano sempre opponibili anche ai terzi. E poichè nella compilazione definitiva del codice non fu apportata in questa parte nessuna variazione al progetto ministeriale; e nessuna osservazione fu fatta nel corso delle discussioni successive, che contraddicesse menomamente alle considerazioni surriferite della relazione del ministro ed ai principii che vi erano enunciati, se ne può conchiudere che quei principii sono conformi allo spirito del codice stesso, come alla teoria professata dalla grande maggioranza dei giuristi.

Per altro la massima sopra dimostrata non pregiudicherebbe — ciò ben s'intende — ai mezzi particolari di difesa che nei casi singoli potessero competere ai terzi contro l'azione, colla quale, in seguito alla dichiarata nullità di un atto, venissero rivendicati i beni da essi posseduti. Così, per esempio, se Tizio, dopo aver ottenuta contro Caio la dichiarazione di nullità d'un contratto di vendita fattagli d'un immobile, si rivolgesse poi a Sempronio, ulteriore acquirente dell'immobile stesso, per conseguirne la consegna; Sempronio potrebbe difendersi eccependo che " *Quem de evitione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* „ qualora l'immobile gli fosse stato venduto da Mevio, a cui Tizio fosse succeduto in qualità di erede.

123. L'annullamento degli atti può, secondo i casi,

dar luogo ad azione per risarcimento di danni contro i pubblici funzionari da cui siano stati ricevuti.

È indubitabile, in massima, la responsabilità degli uffiziali pubblici, che nell'esercizio delle loro funzioni cagionino danni ai privati, per violazione degli obblighi imposti loro dalla legge.

A fondamento di tale responsabilità si suole spesso accennare la massima relativa ai *delitti* ed ai *quasi-delitti*, che è formulata dagli articoli 1151 e 1152 del codice civile nei seguenti termini:

" Qualunque fatto dell'uomo, che arreca danno ad altri, " obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire " il danno „.

" Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato, " non solamente per un fatto proprio, ma anche per propria " negligenza od imprudenza „.

E se nessuna altra causa di tale obbligazione di risarcimento potesse dirsi verificata, è certo che non mancherebbe almeno questa; del *delitto* quando il danno fosse stato arrecato dal pubblico funzionario al privato scientemente e colla intenzione di nuocere — per *dolo;* del *quasi-delitto* allorchè il danno fosse stato prodotto da un fatto commesso in violazione della legge, o dalla ommissione di un fatto al quale il pubblico uffiziale era per legge tenuto, senzachè però quel fatto fosse accompagnato dalla intenzione di nuocere — per semplice *colpa*. Ma non si può disconoscere un'altra causa specifica da cui tale obbligazione deriva; ed è la prima di quelle che sono espressamente indicate nell'art. 1097 del codice civile, cioè la disposizione della legge. È questa che conferisce ai funzionari gli uffici ad essi demandati per pubblico servigio e nell'interesse generale; che determina gli obblighi ad essi incombenti nell'esercizio delle loro funzioni; che costringe i privati a valersi per certi atti del ministero di quegli ufficiali pubblici. Allorchè questi assumono l'ufficio, contraggono l'obbligazione generale di esercitarlo

conformemente alla legge con probità e diligenza; la quale obbligazione generale, concretata poi nei singoli casi in obbligazioni particolari verso i privati da cui quei funzionari sono richiesti del loro ministero, deriva però sempre dalla legge, ed in questa risiede quindi del pari la vera causa della obbligazione accessoria pel risarcimento dei danni in caso che l'obbligazione principale non venga esattamente adempita. Vedremo appresso quale utilità possa trarsi da queste riflessioni semplici ed elementari. Ma intanto possiamo ritenere per certa la massima, che indipendentemente anche da speciali disposizioni legislative, dalle quali sia dichiarata e regolata la responsabilità di certi funzionari pubblici, essi tutti sono sempre tenuti, pei principii generali di diritto, al risarcimento dei danni che nell'esercizio delle loro funzioni abbiano cagionati a private persone, sia per commissione di fatti da cui per legge dovevano astenersi, sia per ammissione d'altri fatti che per obbligo d'ufficio avrebbero dovuto compiere.

Vi sono leggi, infatti, che regolano con speciali norme gli obblighi e la responsabilità di certi uffiziali pubblici; e lo stesso codice civile contiene disposizioni di questa specie relativamente alle funzioni di ufficiale dello stato civile e di conservatore delle ipoteche (art. 405, 2067 cod. civ.). Ma qualora manchino disposizioni particolari, non per questo qualsiasi ufficiale pubblico può andare esente da responsabilità; la quale allora vien regolata secondo i principii generali di diritto.

Non è proposito nostro di trattare in questo numero della responsabilità dei pubblici funzionari con tutta l'ampiezza che la generalità dell'argomento porterebbe; ma limitandoci a quello solo che può riguardare la nullità degli atti, del quale punto stiamo ora occupandoci, diremo della responsabilità che può incombere per tale nullità agli ufficiali pubblici che li abbiano celebrati.

La legge sul notariato (25 maggio 1879, n. 4900) contiene in questo argomento le seguenti disposizioni:

Art. 19. “ La cauzione è vincolata con diritto di prela-
“ zione nell'ordine seguente:

“ 1° *Al risarcimento dei danni cagionati dal notaio nel-*
“ *l'esercizio delle sue funzioni.....* „.

Art. 70. “ Quando l'*atto sia nullo per causa imputabile*
“ *al notaio*, o la spedizione della copia, dell'estratto o del
“ certificato non faccia fede per essere irregolare, non
“ sarà dovuto al medesimo alcun onorario o rimborso di
“ spese.

“ Negli accennati casi, *oltre il risarcimento dei danni a*
“ *norma di ragione*, il notaio deve rimborsare le parti delle
“ somme che gli fossero state pagate „.

Da ciò risultano due sole norme: “ che la responsabilità del notaio verso i privati, per nullità degli atti che a richiesta di questi abbia ricevuti, è limitata all'ipotesi che *la causa di tale nullità sia imputabile al notaio stesso*, e che in tal caso è dovuto dal notaio il *risarcimento del danno a norma di ragione.*

Affinchè si faccia luogo a richiedere ad un notaio il risarcimento del danno derivato dalla nullità di un atto da lui ricevuto, è dunque indispensabile che *la causa della nullità gli sia imputabile.* Ma la imputabilità può esistere, non solo nel caso di *dolo* — in cui non è questione possibile — ma in quello ancora di *colpa.* Ora, quale sarà la colpa di cui il notaio potrà esser chiamato a rispondere? Sarà soltanto la *colpa lata*, che viene equiparata al dolo, quella cioè che consiste nel non avere scorto e curato quello a cui i meno veggenti e diligenti non avrebbero mancato di fare osservazione e di provvedere? Ovvero sarà la *colpa lieve in astratto*, ossia quella che non sarebbe stata commessa da chi avesse usata l'ordinaria prudenza e diligenza? O la *colpa lieve in concreto*, vale a dire quella in cui non sarebbe incorsa negli altri affari la stessa persona? O sarà, in fine, anche la *colpa lievissima*, ossia quella che solo dai più diligenti sarebbe stata evitata? La legge notarile nostra è certamente lontana dal rispondere a queste domande quando

dichiara che il notaio *dovrà risarcire il danno a norma di ragione*.

La legge notarile francese — del 25 ventoso, anno XI — riferivane, in caso di nullità degli atti, il ricorso per danni — interessi contro il notaio, che avesse contravvenuto alla legge, *se vi fosse luogo*. Nella interpretazione di queste ultime parole non erano concordi i commentatori; opinando alcuni che si fosse inteso di sollevare il notaio dalla responsabilità, che secondo le norme comuni dei quasi-delitti avrebbe dovuto incombergli per qualunque, anche lieve, negligenza o imprudenza (art. 1383 cod. franc., 1152 cod. ital.), ed abbandonare al potere discretivo dei magistrati l'apprezzamento del grado di colpa, di cui il notaio stesso fosse da ritenersi responsabile (1); altri invece pensando che la responsabilità dovesse essere regolata in questo, come in tutti i casi di *obbligazioni contrattuali*, dal principio generale stabilito dall'art. 1137 del codice civile, che cioè la colpa inducente responsabilità pei danni dovesse consistere nel non avere usata quella *ordinaria diligenza*, che avrebbe bastato per evitare la nullità (2). Tutti però sono d'accordo nell'ammettere che la distinzione fra i diversi gradi di colpa, stabilita dai giureconsulti romani, non è più accettata dalla legislazione odierna, la quale nel determinare il grado di diligenza che devesi impiegare nell'adempimento delle obbligazioni, si riferisce generalmente ad un tipo unico, quello cioè del *buon padre di famiglia*, salve le sole eccezioni, che in casi e per motivi particolari siano fatte per disposizioni espresse, nel senso di estendere o restringere la responsabilità.

La legge notarile italiana, mutando la espressione ch'era stata usata nella legge francese, e dichiarando tenuti i notari a rispondere della nullità degli atti da essi ricevuti, ed a risarcirne il danno *a norma di ragione*, invece di dire

---

(1) V. Demolombe, t. XXXI, n. 529.
(2) V. Laurent, t. XX, n. 507-509.

che dovranno risarcirlo *se vi sarà luogo*, ci sembra che abbia manifestato abbastanza chiaramente il pensiero di riferirsi, per ciò che riguarda la determinazione di tale responsabilità, alle *regole comuni di diritto;* sebbene non intendiamo di negare che quella espressione, forse non abbastanza determinata “ *a norma di ragione* „ sia stata diretta pure a lasciare ai giudici del merito una certa latitudine nell'apprezzamento delle circostanze di fatto, per stabilire se la colpa del notaio sia stata abbastanza grave onde renderlo responsabile del risarcimento dei danni.

Ma quali sono poi queste *regole comuni di diritto*, a cui si deve riferirsi per la determinazione della responsabilità del notaio? Sono quelle proprie dei delitti e dei quasi-delitti? Ammesso ciò, bisognerebbe conchiuderne che il notaio dovesse risarcire il danno della nullità causata da una sua colpa quale che fosse, anche la più lieve; poichè secondo le norme concernenti i *quasi-delitti* “ ognuno è responsabile “ del danno che ha cagionato, non solamente per un fatto “ proprio, ma *anche per propria negligenza od imprudenza* „ senzachè quindi si possa far luogo a distinguere circa i gradi della negligenza, mentre anche la semplice *imprudenza* è sufficiente per indurre la responsabilità. Ovvero si osserveranno le regole comuni stabilite dalla legge intorno alla diligenza che si deve impiegare nell'adempimento delle obbligazioni? In tal caso dovrà misurarsi la responsabilità dalla diligenza ordinaria; e quando questa non sia stata praticata dal notaio, che ha celebrato nullamente un atto, dovrà egli rispondere de' danni (art. 1224, cod. civ.). Da ciò risulta che il punto fondamentale per risolvere la questione consiste nel determinare quale sia il titolo che dà luogo alla responsabilità del notaio, ossia a quale titolo abbia egli operato negli atti, per la nullità dei quali gli si chiede risarcimento di danni.

Un'opinione invalsa, e dai più seguìta senza discussione, farebbe derivare la responsabilità del notaio dal principio relativo ai delitti e dei quasi-delitti; moderandone però le

conseguenze, quanto alla colpa, col ritenere competente all'autorità giudiziaria, in forza della legge notarile, un potere discretivo nell'apprezzamento della responsabilità. Veramente l'una di queste idee difficilmente potrebbesi accordare coll'altra; giacchè la responsabilità per delitto o quasi-delitto escluderebbe quella per obbligazione contrattuale, e nel primo caso dovendo l'autore del delitto o quasi-delitto rispondere del danno cagionato per qualsiasi sua negligenza, fosse pur minima, od anche per semplice imprudenza, non sarebbe quindi ammissibile, secondo i principii, nessuno arbitrio limitativo di tale responsabilità. È facile infatti a comprendersi che quando si tratti d'un delitto o d'un quasi-delitto, e quindi in amendue i casi d'un fatto illecito, nocivo ad altri, ed imputabile al suo autore, nel quale fatto la parte lesa è solamente vittima dell'azione dannosa altrui, diviene creditrice senza il concorso della propria volontà, e non ha potuto premunirsi con alcuna pattuizione, chi ha cagionato il danno sia tenuto a risarcirlo, qualunque sia il grado di colpa ch'egli abbia nel fatto dannoso: mentre quando invece si tratti d'obbligazione contrattuale, derivata dall'accordo della volontà delle parti, le quali hanno potuto regolare a loro beneplacito i rapporti derivanti dalla convenzione, e stipulare quei più rigorosi patti di responsabilità che volessero, è giusto — nel silenzio delle parti stesse — regolare i rapporti di responsabilità pel danno dipendente da inadempimento dell'obbligazione, colla norma dell'*ordinaria diligenza*, che avrebbe impiegata per l'adempimento di essa un buon padre di famiglia, essendo appunto questa ordinaria diligenza che presumibilmente si è avuta in vista e si è voluto richiedere dalle parti contraenti.

Resta a vedersi se abbia fondamento in diritto l'opinione, che considera come una obbligazione contrattuale quella che incombe al notaio pel risarcimento del danno derivato dalla nullità degli atti da lui ricevuti; o quale altra causa, diversa dal delitto o dal quasi-delitto, possa assegnarsi a quella obbligazione.

Fu pensiero di alcuni che i rapporti tra notaio e cliente dovessero considerarsi come dipendenti da un contratto di locazione d'opera. Ma questa idea non fu seguita, nè poteva esserlo, e prevalse invece l'altra che riguarda il notaio come mandatario delle parti (1). Ma questa pure è poi veramente esatta? Il mandato è un contratto, che non si forma se non mediante il consenso libero delle parti, e quindi coll'accettazione, espressa o tacita, del mandatario. Ma il notaio non è libero di accettare o rifiutare l'incarico che gli dà il cliente; *è obbligato a prestare il suo ministero ogni volta che n'è richiesto;* nè può ricusarlo che nei casi determinati dalla legge. Così dispone espressamente l'articolo 24 della nostra legge sul notariato. Il mandatario rappresenta il mandante negli affari che compie per conto e in nome di lui. Tale non è la posizione del notaio, che presta il suo ministero alle parti nel riceverne e constatarne le convenzioni, e dar loro la fede pubblica, ma non agisce certamente in vece delle parti stesse e rappresentandole.

Un più recente scrittore, meritamente reputatissimo, osservò che: " Forse sarebbe più esatto il dire che si tratta " d'una obbligazione di fare, differente tanto dal mandato " quanto dalla locazione d'opera „ ma che in fine ciò poco importa alla questione, perchè ad ogni modo quella che il notaio assume, allorchè per incarico dei privati riceve atti, è una *obbligazione contrattuale*, ed è quindi applicabile la regola comune dell'art. 1137 del codice francese, che per le convenzioni dichiara tenute le parti ad osservare nell'adempimento dell'obbligazione *tutte le cure di un buon padre di famiglia*. E per dimostrare che si tratti veramente d'una *obbligazione contrattuale*, egli ragiona così:

" Che esista una convenzione tra la parte ed il notaio, " che riceve l'atto, non può essere negato: vi è il concorso

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Notaire*, § 6, n° 4; Troplong, *Du mandat*, n. 217; Marcadé, t. VI, art. 1779, § II; Championnière et Rigaud, *Tr. des droits du enregistrement*, t. II, n. 1482.

« del consenso, proposta fatta dalla parte, e accettazione « del notaio, dunque contratto » (1). Ma è ciò appunto che non sembra affatto vero. La parte non *propone* al notaio di ricever l'atto, ma ne lo richiede, in virtù di un obbligo che a lui incombe per l'ufficio di cui è rivestito; e il notaio non fa un vero atto di accettazione espressa o tacita, per la semplice ragione che non può ricusare il proprio ministero, salvochè si verifichi uno dei casi determinati dalla legge. Le parti richiedendo il notaio esercitano un diritto, che ad esse compete per legge; il notaio ricevendo l'atto e dandogli autenticità, adempie corrispondentemente un'obbligazione legale (2). Nell'adempimento di questa egli deve prestare la perizia, che è doverosa nell'ufficio che ha assunto, e la diligenza ordinaria, che è propria e comune dei pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni. Tale è l'applicazione congrua, che reputiamo doversi fare a questa specialità, della regola generale scritta nell'art. 1224 del nostro codice; regola che vale per tutte le obbligazioni, senza distinzione della causa da cui derivino (art. 1097 cod. civ.) e quindi anche per quelle la cui causa consiste unicamente — come appunto ci sembra essere del caso — nella disposizione della legge.

Verremmo così, quantunque per diversa via, alla medesima conclusione del *Laurent*, nel luogo sopra citato; che cioè « il notaio è tenuto della *colpa lieve in astratto*, supposto che nessuna speciale disposizione di legge deroghi « alla regola generale, che il codice ha stabilito per le « obbligazioni convenzionali ».

A questa massima non è però conforme la giurisprudenza delle nostre Corti; che seguendo quella di Francia, in più sentenze, e in qualcuna anche di Cassazione, ha ritenuto invece che « la responsabilità dei notai per nullità « di atti, dipendente da qualche vizio di forma estrinseca,

---

(1) V. Laurent, t. XX, n. 507.
(2) V. Pont, *Comm. tr. des petits contrats*, t. I, art. 1985, n. 853.

“ *è una pena;* e perciò non ha luogo se non per casi di *dolo,*
“ o di *colpa grave* da parte del medesimo notaio „ (1).

Confessiamo di non comprendere come possa qualificarsi una *pena civile* la responsabilità del notaio; quasichè la legge gliela avesse ingiunta con una disposizione di eccezione alle regole generali, per lo scopo di assicurare mediante una più efficace sanzione l'osservanza delle condizioni e delle forme da essa richieste negli atti notarili. Ma non è certamente così. L'art. 70 della legge sul notariato, che riconosce esser tenuti i notai, ai quali sia imputabile la nullità degli atti da essi ricevuti, *al risarcimento dei danni a norma di ragione*, non ha inteso evidentemente di stabilire una penalità, la determinazione della quale sarebbe infatti assurdo il pensare che potesse essere rimessa genericamente *a norme di ragione;* nè ha fatto una eccezione alle regole comuni, chè anzi ha applicato puramente e semplicemente il principio fondamentale, che la persona da cui non venga adempita una propria obbligazione — derivi poi questa dalla legge o da altra causa — è tenuta al risarcimento dei danni (art. 1218 cod. civ.). Le nostre Corti, impressionate dalla gravezza delle responsabilità alle quali i notai potrebbero essere esposti, influenzate dalla giurisprudenza francese, che sebbene incerta nei principii che assumeva per base, propendeva però praticamente ad esimere da responsabilità i notai quando non si potesser loro rimproverare gravi colpe, cercarono un mezzo di giustificare giuridicamente questa massima: ma il mezzo non sembra tale da resistere ad una giusta critica.

La giurisprudenza francese si fondava invece sopratutto nell'interpretazione ch'essa dava alle parole dell'art. 68 della legge 25 ventoso anno XI, dov'era detto potersi chiedere ai notai, che avessero celebrati atti nulli, il risarcimento dei danni, *se vi fosse luogo;* il che, come già osser-

(1) V. Decisioni delle Corti d'app. di Casale, 4 dic. 1866 (*Giurisprudenza* Torino, IV, 32); della Corte di cass. di Torino, 20 nov. 1867 (*Annali di Giuripr. It.*, II, n. 151), e 28 giugno 1876 (*Ann. di Giurispr. It.*, X, t. 1, 378).

vammo, si voleva spiegare nel senso che " i danni-interessi
" e la loro quantità dipendessero dalla natura e dalla gra-
" vità dell'ommissione o della irregolarità rimproverata al
" notaio, *e fossero subordinati all'apprezzamento equitativo
" dei tribunali* „. Onde poi si arrivava a questa singolare
conclusione " che la responsabilità del notaio fosse subor-
" dinata nel medesimo tempo alla regola generale degli
" articoli 1382 e 1383, ed alla legge speciale del 25 ven-
" toso anno XI, il cui articolo 68 conferisce particolar-
" mente ai giudici un potere d'apprezzamento discre-
" zionale „ (1).

Singolare dicemmo questa conclusione, perchè, a termini degli articoli 1382 e 1383 il notaio avrebbe dovuto essere responsabile di qualunque colpa, anche minima, mentre coll'interpretazione che si dava all'art. 68 della legge notarile nessun grado di colpa sarebbe stato determinato obbligatoriamente dalla legge per la responsabilità dei notari, ma tutto si sarebbe fatto dipendere dalle circostanze di fatto, valutabili insindacabilmente dai giudici del merito; epperò non si comprende come potessero essere contemporaneamente applicate l'una e l'altra massima.

Ma lasciamo stare la questione che si dibatte sulla interpretazione ed applicazione della legge francese, la quale non ci riguarda. Secondo la legge speciale nostra, se un atto pubblico *sia nullo per causa imputabile al notaro*, egli è tenuto *al risarcimento dei danni a norma di ragione*. Questa non può attingersi fondamentalmente che dai principii generali concernenti la responsabilità pei danni derivanti da inesatto adempimento dell'obbligazione. Il notaio, richiesto per la celebrazione d'un atto, è tenuto a prestarvisi con perizia e diligenza; questa sua obbligazione ha causa dalla legge; e la diligenza che deve impiegare nell'adempierla, è quindi l'*ordinaria*, che si deve usare e si usa da chiunque è investito di simile ufficio, conformemente alla regola ge-

(1) V. Demolombe, t. XXXI, n. 529.

nerale dell'art. 1224 del codice civile, la quale si estende alle obbligazioni derivanti dalla legge, del pari che a quelle stipulate per contratto. L'ommissione di tale diligenza ordinaria è pertanto quella che determina in diritto la responsabilità del notaio pel risarcimento dei danni. La legge speciale sul notariato, dicendo che il risarcimento sarà dovuto *a norma di ragione*, ha però inteso di attenuare in qualche guisa tale responsabilità, in via di eccezione alla regola generale, lasciando ai tribunali un potere discretivo di apprezzamento? Accennammo già che quest'ultima idea non saremmo lontani dall'ammettere, in vista anche dei precedenti sotto la cui impressione fu dettata quella disposizione; precedenti che consistevano nella massima, generalmente accolta, che avesse a dipendere dal retto criterio dei giudici il riconoscere nelle circostanze particolari dei casi singoli se la negligenza del notaio fosse stata abbastanza grave per renderlo responsabile. Ciò però ammetteremmo nel solo senso appunto che l'*ordinaria diligenza*, alla quale il notaio è tenuto nell'adempiere gli obblighi del suo ufficio, sia da valutarsi in relazione alle circostanze speciali di fatto, delle quali spetta al giudice del merito l'apprezzamento incensurabile. Così non andrebbe soggetta a cassazione la sentenza, che in un determinato caso, e per circostanze particolari di esso, giudicasse non avere il notaio mancato a quella ordinaria diligenza della quale era tenuto; ma dovrebb'esservi soggetta qualora ritenesse in diritto che il risarcimento dei danni fosse dal notaio dovuto per qualunque sua *colpa anche lievissima*, o che al contrario non potesse essere responsabile che della *colpa lata*.

Tutto questo però suppone, da una parte, che si tratti unicamente della nullità di un atto che il notaio era incaricato, a norma di legge, di ricevere e dargli autenticità; e suppone, d'altra parte, che la causa imputabile al notaio, dalla quale si allega essere provenuta la nullità dell'atto, consista in una *semplice colpa* di lui, sia poi per imperizia, o per negligenza.

Accade non di rado che un notaio non sia soltanto incaricato della celebrazione d'un atto, da cui debba farsi risultare una convenzione già concordata fra le parti; ma che una di esse lo investa dei poteri per trattare e conchiudere un affare, o per compiere gli atti conservatorii od esecutivi che possano occorrere dopo celebrato il contratto.

Accade altre volte che al notaio si rivolga il cliente per averne consigli e direzione in determinati interessi.

Non parliamo di quella direzione che riguardi l'atto stesso da celebrarsi, per la tutela dei legittimi interessi della parte, e per conseguire lo scopo ch'essa si propone. Questo è ufficio, che manifestamente fa parte integrante ed essenziale di quello conferito al notaio per la celebrazione dell'atto; ed è quindi da identiche norme che la responsabilità di lui dev'essere regolata.

Ma tutto ciò che concerne le trattative preliminari e le pratiche per giungere all'accordo della volontà delle parti, e poscia le cure necessarie per la conservazione dei diritti nascenti in loro favore dal contratto, o per ottenere di questo la esecuzione; tutto ciò è veramente di spettanza ed opera personale delle parti stesse, le quali non hanno dalla legge il diritto di esigere dal notaio che si presti a questi uffici, non formanti parte obbligatoria delle funzioni commessegli dalla legge medesima. Qualora pertanto una delle parti conferisca al notaio, ed egli accetti, l'incarico di tali trattative, pratiche e cure, si riscontrano in ciò gli estremi veri e proprii del mandato convenzionale. Cosicchè quando avvenga che relativamente a codesti oggetti la parte committente abbia motivi per lagnarsi dell'opera del notaio, e chiedergliene risarcimento di danni, non da altre norme può essere determinata la responsabilità di lui, che da quelle stabilite nell'art. 1746 del codice civile.

Qualora poi si trattasse di semplici consigli, chiesti dalla parte, e dati dal notaio, l'unico caso di responsabilità di quest'ultimo sarebbe nella ipotesi del *dolo;* verificandosi il quale si farebbe luogo ad agire *per delitto*, a senso dell'ar-

ticolo 1151 del codice civile. Ma la *semplice colpa*, fosse poi attribuibile ad imperizia od a negligenza, non darebbe mai fondamento a chiedere risarcimento dei danni. È principio elementare che al mandato non è equiparabile il consiglio, cui dipende dalla persona, alla quale è dato, il seguire o no. Il cattivo consiglio non potrebb'essere considerato che come causa indiretta e remota del danno; il quale proviene veramente e direttamente dal fatto della parte, che seguendo volontariamente quel consiglio, operò in un determinato modo. E la parte deve, in ogni caso, imputare a sè stessa di avere malamente scelto chi la consigliasse.

Anche quando poi si tratti veramente dell'opera del notaio nella celebrazione di un atto, ma egli vi abbia commessa una nullità, non per semplice colpa, bensì per *dolo*, allo scopo di frodare una delle parti a vantaggio dell'altra, è ben chiaro che non potrebb'esservi luogo ad alcuna delle questioni di cui abbiamo trattato, e sarebbe applicabile senz'altro la disposizione dell'art. 1151 del codice civile, *pel delitto* che al notaio sarebbe imputabile. Porremo fine col riportare alcune massime di applicazione pratica, che possono riguardarsi come il risultato delle teorie sviluppate superiormente.

1° Non incombe responsabilità al notaio per le nullità derivanti da fatti od ommissioni che riguardino la sostanza delle stipulazioni o disposizioni formanti oggetto dell'atto, e che siano imputabili alle parti. Queste essendo in diritto di fare quelle stipulazioni e disposizioni che vogliano, e il notaio essendo obbligato a riceverne atto, qualora non si verifichi qualcuno dei casi contemplati nell'articolo 24 della legge notarile, nei quali dovrebbe ricusare il proprio ministero; è conseguente che il notaio non incorra in alcuna responsabilità per nullità intrinseche dell'atto, se le cause da cui queste derivano siano state volute dalle parti, ed a lui non sia imputabile la ommissione di quegli avvertimenti alle parti stesse, che per ufficio era obbligato di fare. Quest'ultima condizione, limitativa della

irresponsabilità del notaio, reputiamo che sia conseguenza legittima d'una osservazione fatta altra volta; che cioè l'ufficio del notaio, giusta la legge regolatrice, non deve intendersi limitato alla semplice compilazione materiale dell'atto, secondo le dichiarazioni che le parti fanno della loro volontà, ma comprende principalmente ed essenzialmente la direzione, che il pubblico ufficiale deve dare alle parti stesse, affichè possano conseguire, conformandosi alla legge, lo scopo che si propongono. Il notaio non è uno scrivano incaricato unicamente di porre in carta ciò che gli venga dettato; ma è il mandatario della legge, la quale gli affida l'alta ed importante missione di dar forma legale agli atti dei privati, curando che la volontà di questi venga adempita, e la legge ad un tempo sia rispettata. Perciò non sapremmo accettare in tutto un insegnamento, a nostro avviso troppo assoluto, secondo il quale il notaio sarebbe da considerarsi *come semplice redattore dell'atto, in riguardo a quelle ommissioni che si attengano alla sostanza della stipulazione*. " Per esempio — dicevasi — il notaio non è responsabile della mancanza d'accettazione d'una donazione, nè " della ommessa designazione dei beni che si sottopongono " ad ipoteca; la colpa è personale della parte... " (1).

Lasciamo da parte la prima di queste ipotesi; perchè l'accettazione della donazione potendo esser fatta anche con atto separato posteriore, purchè prima della morte del donante, non è il caso di riguardare la mancanza di accettazione come causa di nullità dell'atto di donazione; ma teniamoci all'altra supposizione, d'un atto costitutivo d'ipoteca convenzionale, in cui siano state ommesse le designazioni relative ai beni ad essa assoggettati, le quali nel nostro codice sono richieste dall'articolo 1979. La mancanza di queste indicazioni nell'atto costitutivo dell'ipoteca può infatti produrne la nullità nei casi previsti dall'articolo 1998. Or se, stipulandosi un'ipoteca fra persone af-

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. II, n. 235.

fatto ignare di legge, il notaio abbia mancato di avvertirle della necessità di quelle indicazioni, ed abbia celebrato senza di esse l'atto costitutivo dell'ipoteca, della quale perciò, ad istanza di altri creditori, sia dichiarata la nullità, il creditore, che si trova inopinatamente privo di quella garanzia sulla quale contava, e per la quale soltanto consentiva a far credito, e che ridotto alla semplice condizione di chirografario rimane insoddisfatto dell'aver suo, non avrà azione contro il notaio per essere risarcito del danno? Per sostenere questo si dice che *il notaio dev'essere considerato come semplice redattore dell'atto;* ma abbiamo visto quanto sia inesatta questa proposizione. Si soggiunge che *la colpa è personale della parte;* ma nel caso che abbiamo figurato è troppo evidente come la colpa non sia punto della parte, bensì intieramente del notaio. Non può dunque esser dubbia, a nostro modo di vedere, la responsabilità di lui in questo caso.

2° Il notaio non è responsabile delle ommissioni in cui sia incorso in un atto, sebbene quelle siano tali da poter produrre la nullità dell'atto medesimo, se questo sarebbe anche stato nullo per una causa diversa. È chiaro infatti che in tale ipotesi non è possibile sostenere che il danno della nullità sia provenuto da causa imputabile al notaio; mentre, quand'anche l'atto fosse stato regolare in questa parte, avrebbe nondimeno dovuto essere annullato per un altro motivo. Qualora però l'altra causa di nullità fosse soltanto *relativa* a favore di colui che agisse in risarcimento di danni contro il notaio, per una nullità assoluta, di cui per colpa del notaio medesimo fosse stato infetto l'atto, la domanda sarebbe ben fondata; perciocchè l'annullamento dell'atto, che l'altra parte ottenne prevalendosi della causa di nullità assoluta, avrebbe potuto essere evitato, per quanto riguardava la nullità relativa, dalla parte instante, alla quale esclusivamente spettava la facoltà d'invocare questa (1).

---

(1) V. SOLON, *Tr. des null.*, t. II, n. 336.

3° Quando si tratti della ommissione d'una formalità, della quale sia controverso se la mancanza produca la nullità dell'atto, può il notaio, secondo i casi, essere assolto da responsabilità. Potrebbe esserne assolto, se al tempo della celebrazione dell'atto le opinioni dei giuristi e le decisioni della giurisprudenza prevalessero assolutamente nel senso che l'osservanza di quella formalità non fosse necessaria a pena di nullità; perchè non sarebbe censurabile il giudicato del tribunale, che apprezzando le circostanze speciali del caso, pronunciasse in linea di fatto non avere il notaio mancato a quella comune prudenza e diligenza di cui era tenuto, e che ogni altro ufficiale pubblico avrebbe usata in circostanze simili. Ma se al contrario fosse talmente dubbia la questione, da non potersi affermare che al tempo della celebrazione dell'atto si fosse già formata un'opinione decisamente prevalente, dovrebbesi ritenere — pare a noi — la responsabilità del notaio; il quale nel dubbio, se avesse adoperata la circospezione ordinaria, avrebbe dovuto attenersi al partito più sicuro per l'interesse delle parti, adempiendo quella formalità, la cui mancanza era disputabile se fosse, o no, causa di nullità dell'atto.

4° Il notaio è sempre responsabile della nullità di un atto, quando questa dipenda dall'averlo egli ricevuto in luogo non compreso nella propria giurisdizione. È questa infatti una causa di nullità imputabile intieramente al notaio.

5° È pure responsabile dell'inosservanza di qualunque formalità estrinseca, al cui adempimento spettasse a lui, secondo la legge, di dover provvedere; e tanto più, poi, se la nullità avesse potuto essere evitata adoperando speciali precauzioni, che dalla legge fossero indicate, e che il notaio avesse omesse.

6° Può nondimeno essere mandato esente da responsabilità il notaio, che all'ommissione di determinate formalità, o ad altra contravvenzione alla legge, dalla quale

contravvenzione derivi la nullità dell'atto, sia stato indotto dal fatto della parte stessa, la quale poi agisca in risarcimento di danni contro di lui. Sarebbe superfluo volere occuparsi a dimostrare quanto sarebbe contrario all'equità che tale risarcimento potesse essere chiesto da colui stesso che col fatto proprio avesse dato causa alla commissione od ommissione producente la nullità. Ed anche sotto l'aspetto del rigoroso diritto, non è difficile dimostrare che giungesi alla medesima conclusione; poichè la parte essendo tenuta a rispondere delle conseguenze del fatto proprio, doloso o colposo che sia, non potrebb'essere ammessa ad esercitare un'azione, della quale dovrebbe tenere indenne il notaio; e questi può difendersi in via di eccezione con quel medesimo mezzo che gli competerebbe contro la parte per conseguire il risarcimento del danno derivato dal fatto di lei. Tutto ciò è evidentissimo, qualora il notaio sia stato indotto maliziosamente dalla parte in errore circa un fatto che abbia dato occasione alla nullità dell'atto. Suppongasi che questo sia nullo per essere stato assunto come testimonio chi sia parente d'una delle parti contraenti nei gradi contemplati dalla legge proibitiva; ma il notaio sia stato indotto a credere che tale parentela non esistesse per le assicurazioni fraudolentemente date dalla parte stessa. Non potrebbe questa, dopo l'annullamento dell'atto, chiedere al notaio il risarcimento del danno; giacchè sarebbe poi tenuta a rimborsarlo in forza della responsabilità che le incombe pel fatto proprio doloso. Ma lo stesso sarebbe da ritenersi quand'anche, non un dolo, ma non semplice colpa fosse imputabile alla parte; perchè, ad ogni modo, in virtù della regola generale dell'art. 1151 dovendo essa risarcire il danno prodotto dal fatto proprio, non le sarebbe legalmente lecito d'effettuare essa medesima un tale danno agendo contro il notaio per la nullità dell'atto. E la parte sarebbe in colpa, e meriterebbe scusa il notaio, per ciò stesso che quella era più che altri in condizione di sapere se quel testimonio fosse veramente legato a lei di parentela.

Altrettanto però non potrebbe dirsi qualora il fatto producente la nullità non fosse tale che la parte dovesse esserne particolarmente informata, e il notaio avesse trascurato le indagini che avrebbe dovuto praticare per accertarsi della verità. Pongasi che sia stato adibito come testimonio un incapace per minore età. L'essere stata dichiarata dalla parte la credenza, in cui era, che costui fosse maggiorenne, non salverebbe il notaio dall'azione che la parte stessa gli intentasse pel risarcimento del danno derivato dalla nullità dell'atto: giacchè il notaio, se avesse osservata l'ordinaria diligenza a cui era tenuto, non avrebbe dovuto, nel dubbio in cui trovavasi per conto proprio, fidarsi alla sola dichiarazione della parte, ed ammettere, leggermente come fece, quella persona quale testimonio.

124. A completare la trattazione di questo gravissimo argomento della nullità degli atti, ci resta da ultimo di occuparci delle cause che possono far cessare le conseguenze giuridiche derivanti dalla nullità stessa, o in altri termini delle eccezioni opponibili in tal senso alle azioni di nullità o di rescissione. Codeste eccezioni possono aver fondamento nella *conferma* o nella *prescrizione*. Dei quali due istituti giuridici non intendiamo per altro di svolgere qui completamente le teoriche, la cui sede vera è nel trattato delle obbligazioni. Solo, sembrandoci che la dimostrazione della teoria delle nullità sarebbe imperfetta, qualora non comprendesse anche le cause per le quali i vizi producenti le nullità stesse possono giuridicamente essere fatti scomparire, e gli atti che n'erano infetti riguardarsi come divenuti irrepugnabili e pienamente efficaci in diritto, ci proponiamo di esporre in breve quel tanto che reputiamo indispensabile per ispiegare come e con quali effetti avvenga che per queste due cause, della conferma o della prescrizione, cessino le conseguenze giuridiche della nullità.

Per ciò che riguarda la conferma, ci asterremo quindi dall'entrare nei particolari relativi alle obbligazioni che ne

sono suscettibili. Qualche cenno avemmo incidentemente occasione di fare sopra, relativamente a questo punto, allorchè in via di esclusione dimostrammo non esser possibile la conferma per le obbligazioni che non siano solamente viziate di nullità, ma debbano riguardarsi come assolutamente inesistenti in diritto (1). Altre questioni di non lieve importanza, sarebbero ancora da discutersi per formulare un sistema completo delle regole con cui si determina quando sia ammissibile un atto confermativo, e quando no. Ma se ci occupassimo ora di esaurire questo argomento, reputeremmo di farlo in luogo meno opportuno. Sul tema di cui trattiamo presentemente basta l'enunciare che *in regola generale tutte le obbligazioni soggette ad azioni di nullità sono suscettibili di conferma:* e quello che importa di determinare esattamente e completamente, è l'effetto che la conferma produce relativamente all'atto che poteva formare oggetto di tali azioni di nullità. Prescinderemo quindi parimenti dal parlare qui del tempo in cui la conferma diviene possibile, delle condizioni intrinseche e estrinseche richieste per essa dalla legge, delle regole comuni alla conferma tanto espressa, quanto tacita, e di quelle che sono stabilite particolarmente per l'una e per l'altra; argomenti tutti la cui trattazione è più conveniente riservare alla teoria delle obbligazioni.

La conferma — come già accennammo nel luogo sopra citato — è l'atto giuridico, mediante il quale una persona, rinunciando alla facoltà, che le spetterebbe di far annullare un atto od un contratto, ripara ai vizi di questo e lo convalida.

Ne risulta che ogni atto di conferma contiene implicita la rinunzia, di chi vi deviene, all'azione ed all'eccezione di nullità, con cui avrebbe potuto impugnare l'atto o contratto *confermato*. Ed è ciò che si volle anche esprimere nel terzo paragrafo dell'art. 1309 del nostro codice, dicendo che:

---

(1) V. sopra, n. 104, p. 681 e seg.

« *La conferma..... produce la rinunzia ai mezzi ed alle* « *eccezioni, che poterano opporsi contro tale atto* ».

Nondimeno sarebbe errore il confondere la conferma colla semplice rinunzia ad un diritto. Questa è bensì compresa sempre in quella; ma non costituisce conferma qualsiasi rinunzia ad un diritto (1). Anzi della stessa conferma è mezzo necessario e presupposto l'abbandono dell'azione ed eccezione di nullità; ma il mezzo non è da scambiare col fine e coll'oggetto dell'atto confermativo, che consiste propriamente ed essenzialmente nella *convalidazione dell'atto*, ch'era nullo od annullabile. Perciò volendo stare all'esattezza più rigorosa dei termini, neppur sarebbe perfettamente propria l'espressione del testo, che riguarda la rinunzia all'azione o eccezione di nullità come *effetto* della conferma. Quella non è veramente prodotta da questa, ma costituisce un elemento indispensabile per la formazione stessa dell'atto confermativo, che non sarebbe concepibile senzachè si spogliasse dell'azione o della eccezione di nullità la persona che avrebbe facoltà di proporle. Nè sarebbe giusto il tacciare questa osservazione di soverchio ed inutile rigorismo. In diritto — come più volte ripetemmo — all'esattezza del linguaggio corrisponde sempre quella delle idee, ed è raro ch'essa non sia feconda di risultamenti utili, non solo per la teoria, ma eziandio per le applicazioni pratiche. Una riprova se ne può pure trovare nella specialità stessa di cui discorriamo ora. Se la rinunzia alle azioni di nullità fosse veramente *prodotta dall'atto di conferma*, esistendo questo ne deriverebbe bensì sempre, per virtù di legge, quella, come effetto da causa: ma nulla si opporrebbe a potersi conseguire il medesimo effetto con una causa diversa; e in virtù dei principii generali di diritto, secondo i quali è lecito a chiunque rinunziare nel proprio privato interesse ai diritti che gli competano, dovrebbesi ritenere efficace la rinunzia, che taluno facesse alla propria facoltà

(1) V. Zachariæ, t. II, § 339, nª 2; Aubry e Rau, t. IV, § 337, nª 1.

di proporre azione od eccezione di nullità contro un atto od un contratto, indipendentemente dal concorso di un vero e proprio atto di conferma cogli speciali requisiti intrinseci e di forma per esso prescritti dalla legge. Ma all'opposto, la rinuncia all'azione di nullità non essendo altro veramente che il mezzo insito e presupposto di ogni atto confermativo, ed in questo essendo essenziale la convalidazione di un atto o di un contratto contro cui la legge ammette l'azione di nullità, convalidazione subordinata dalla legge stessa al concorso imprescindibile delle condizioni stabilite nell'art. 1309 del nostro codice civile; ne deriva che l'atto di rinuncia pura e semplice, che taluno facesse all'azione di nullità a lui competente, senza l'osservanza delle condizioni prescritte nel detto art. 1309, non avrebbe alcun valore; bene inteso però, che qualora le condizioni predette fossero adempite, poco importerebbero poi le parole che la parte avesse impiegate, qualificando l'atto semplicemente come rinunzia al diritto di far annullare l'atto od il contratto, anzichè usare l'espressione più propria di *conferma* di quell'atto o contratto.

La *conferma* differisce altresì dal semplice *atto di riconoscimento d'una obbligazione*. Con questo non si fa che confessare l'esistenza di diritti risultanti da un titolo anteriore, manifestando la intenzione di sottomettersi all'esercizio di quei diritti ed adempiere le obbligazioni corrispondenti; talchè l'atto semplicemente recognitivo non può, di natura sua, aver per effetto di estendere, o restringere, o modificare in alcun modo le obbligazioni risultanti dal titolo primordiale; mentre coll'atto di conferma si fa molto più che *semplicemente riconoscere* un diritto preesistente, poichè si ripara ai vizi di cui era infetto il titolo primitivo, e pei quali si poteva impugnarlo in via di nullità o di rescissione.

Vi è pure differenza sostanziale fra la conferma d'una obbligazione, e la novazione che si operi su di essa; in quanto che la *novazione* estingue l'obbligazione preesistente, creandone in sostituzione una nuova; mentre colla conferma non

si fa che purgare l'obbligazione anteriore dai vizi pei quali era soggetta ad annullabilità, lasciando del resto sussistere identicamente l'obbligazione stessa, salvo la piena validità che viene ad acquistare. " Confirmatio nihil dat novi ".

Da questi principii è facile argomentare quale debba essere l'effetto della conferma. Essa spoglia colui che la opera del diritto d'invocare quei mezzi di nullità che avrebbe potuto dedurre contro l'obbligazione propria, e rende così inoppugnabile l'obbligazione stessa, *quanto a quei vizi specifici*, come se fin dall'origine non ne fosse stata infetta. Abbiam voluto rilevare che questo effetto si limita a quei vizi specifici, relativamente ai quali la parte si spogliò espressamente o tacitamente del diritto che le competeva d'impugnare per tali cause la propria obbligazione; perchè la legge esige appunto come condizione imprescindibile per dare esistenza alla conferma, che avvenendo questa per atto formale vi si dichiari espressamente, oltre alla sostanza della obbligazione, *il motivo che la rende viziosa, e la intenzione di correggere il vizio*, su cui l'azione di nullità sarebbe fondata; e avvenendo invece tacitamente, per l'esecuzione volontaria dell'obbligazione, in tutto o nella maggior parte, il debitore abbia conosciuto, al tempo di tale esecuzione, nel qual tempo l'obbligazione fosse confermabile, il vizio che gli dava diritto d'impugnarla per nullità (d° art. 1309, § 1, 2 cod. civ.). Qualora pertanto un'obbligazione fosse suscettibile d'annullamento per più cause distinte, d'alcuna delle quali soltanto fosse stata fatta menzione nell'atto di conferma espressa, o ne avesse avuta cognizione al momento della conferma tacita il debitore che eseguiva l'obbligazione, l'effetto della conferma sarebbe limitato ai soli mezzi previsti d'annullamento, e per gli altri, non menzionati nella conferma espressa, o non conosciuti dal debitore al tempo della conferma tacita, rimarrebbe tuttavia esperibile l'azione di nullità (1).

(1) V. Toullier, t. VIII, n. 498; Duranton, t. XIII, n. 273; Aubry e Rau, t. IV, § 337, 4°, nª 33.

L'effetto della conferma, quanto ai rapporti tra le parti contraenti, è essenzialmente retroattivo al giorno in cui l'obbligazione fu contratta; perchè l'atto confermativo non dà vita ad una convenzione o disposizione nuova, ma solo convalida quella che preesisteva, mediante la rinuncia del confermante ai mezzi di nullità con cui poteva impugnarla; ond'è conseguente che scomparendo, in virtù di tale atto, i vizi di cui la preesistente obbligazione trovavasi infetta, e ad opporre i quali espressamente od implicitamente rinunziò la parte a cui ne spettava il diritto, quella obbligazione rimanga perfetta e pienamente efficace sin dal momento in cui fu formata. E ciò, come dicemmo, è di essenza dell'atto confermativo; non potendone avere i caratteri fondamentali quello a cui la parte non avesse inteso di dare effetto retroattivo. Potrebb'esservi una disposizione nuova, o una convenzione nuova intervenendovi il consenso dell'altra parte, ma non una conferma vera e propria.

Notammo però che tale retroattività di effetto della conferma è operativa soltanto nei rapporti fra le parti contraenti; conformemente a ciò che è espressamente disposto nel terzo paragrafo dell'art. 1309 del nostro codice, corrispondente al 1338 del codice francese, ov'è detto: " La " conferma, ratifica o esecuzione volontaria, secondo le " forme e nei tempi determinati dalla legge, produce la " rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi " contro tale atto, *salvi però i diritti dei terzi* „.

Non sarebbesi infatti potuto ammettere che dipendesse dalla volontà d'una delle parti il privare i terzi dei diritti che avessero legittimamente acquistati e conservati, convalidando posteriormente una convenzione o disposizione, che nella condizione di nullità in cui era anteriormente, non poteva fare ostacolo legale all'acquisto di quei diritti. " Actus medius intervenien — diceva Bartolo — impedit " ratihabitionem trahi retro, in praejudicium tertii, cui " jus, intermedio tempore, quaesitum est „.

È dunque una regola antica, insegnata dai dottori, e co-

stantemente applicata dalla giurisprudenza, quella che fu semplicemente riportata nei ricordati articoli dei codici francese e italiano; ed è regola, non di semplice equità, per proteggere la buona fede dei terzi, non di vera e stretta giustizia, per impedire che diritti legittimamente acquisiti possano essere impunemente conculcati. Affinchè però questo motivo si verifichi, ed abbia quindi applicazione, secondo il suo spirito, la predetta disposizione di legge, non basta che il terzo abbia acquistato posteriormente all'atto annullabile un diritto, per la conservazione del quale abbia interesse ad impedire la conferma dell'atto predetto, ma è necessario, come accennammo, che il diritto sia stato da lui *legittimamente acquistato in opposizione all'atto nullo*, e che sia stato pure *conservato nei modi di legge*, per essere opponibile a terze persone.

Qualche esempio potrà rendere più chiari questi concetti.

Tizio, mentre era ancora in età minorile, stipulò contratto di compra e vendita d'un proprio immobile a favore di Caio; contratto nullo, però, per essere stato consentito dal minore non emancipato senza l'intervento del suo legittimo rappresentante, o senza l'adempimento delle formalità abilitanti stabilite dalla legge (art. 1303 cod. civile); nondimeno il contratto venne trascritto, a norma dell'articolo 1932. Giunto a stato di capacità, Tizio vendè di nuovo lo stesso immobile a Sempronio, che parimente trascrisse il proprio atto d'acquisto. Posteriormente Tizio, con atto regolare a senso dell'art. 1309, § 1°, confermò la vendita che aveva fatta, quando era ancora minorenne, a favore di Caio. Sarà opponibile questa conferma a Sempronio, facendone valere in danno di lui l'effetto retroattivo, che convalidando sin dall'origine l'acquisto di Caio, abbia reso inefficace quello di Sempronio, come dipendente da vendita di cosa altrui, secondo l'art. 1459 cod. civile? Non pare dubbia l'applicabilità in questo caso della disposizione contenuta nel terzo paragrafo dell'art. 1309, che ri-

tenuta la regola d'essere compresa nella conferma *la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro l'atto confermato*, vi fa l'eccezione espressa con quelle parole “ *salvi però i diritti dei terzi* „. Non sapremmo anzi immaginare a quale altro caso potesse essere meglio applicabile una tale disposizione eccezionale, se non lo fosse in questo. Sempronio — nella ipotesi che abbiamo formulata — acquistò legittimamente il diritto di proprietà dell'immobile vendutogli da Tizio, senza che vi ostasse la precedente vendita fattane da questo a Caio, perchè quella era nulla in causa della incapacità personale di Tizio nel tempo del primo contratto. Siccome però l'acquisto di Sempronio non poteva sussistere validamente, se non facendo dichiarare inefficace rispetto a lui l'anteriore avvenuto a profitto di Caio, così è necessario ritenere che nel vendere nuovamente lo stesso immobile a Sempronio, Tizio abbia implicitamente trasmesso a quest'ultimo il diritto di opporre la nullità dell'acquisto di Caio per difendere la validità del proprio, e conseguentemente Tizio medesimo si sia spogliato della facoltà di confermare in danno di Sempronio la vendita fatta nullamente a Caio. D'altra parte Sempronio ha pure conservato nei modi di legge il diritto di proprietà che aveva legittimamente acquistato, poichè avendo fatto trascrivere il contratto, in osservanza dell'articolo 1932, può farne valere gli effetti rimpetto all'altro acquirente Caio, a norma dell'art. 1942 cod. civile. Dunque il diritto legittimamente acquistato e conservato da Sempronio, non può, a senso dell'art. 1309, § 3°, essere pregiudicato dalla retroattività di effetto della conferma operata da Tizio, e dalla rinunzia, che quella conferma comprende, ad opporre la nullità della vendita fatta di Tizio stesso quando era minorenne. Questo effetto retroattivo avrà bensì luogo nei rapporti fra Tizio e Caio, per tutto ciò che riguarda le conseguenze delle obbligazioni personali assunte in dipendenza del contratto confermato; ma non può infirmare in alcun modo l'acquisto della pro-

prietà dell'immobile legittimamente conseguito da Sempronio (1).

Supponendo invece che non fosse ancora stato trascritto, al tempo della conferma in favore di Caio, l'atto dell'acquisto fatto da Sempronio, non potendo egli — a senso del già citato art. 1942 — opporre gli effetti di tale suo acquisto a Caio, che è pure un *terzo* rimpetto a lui, e la retroattività della conferma stessa convalidando fin dalla sua origine la vendita a favore di Caio resa regolarmente pubblica col mezzo della trascrizione, ne risulterebbe che la compera fatta da Sempronio dovesse riguardarsi come avente per oggetto un immobile già passato in proprietà altrui, e quindi come nulla, giusta la disposizione dell'articolo 1459 cod. civile. Sempronio potrebbe bensì, a norma della disposizione stessa, agire contro il venditore Tizio per ottenerne il risarcimento dei danni, qualora al tempo del contratto di suo acquisto avesse ignorato l'esistenza dell'anteriore a profitto di Caio; ma nei rapporti con quest'ultimo dovrebbe subire la prevalenza del diritto di lui, non potendo giovarsi del benefizio eccezionale dell'articolo 1309, § 3° per sottrarsi all'effetto retroattivo della conferma; poichè quantunque fosse terzo, avente al tempo in cui questa seguiva un diritto già acquisito, non lo aveva però conservato nei modi prescritti dalla legge, per poterlo opporre all'altro acquirente.

Invece di più vendite successive, suppongansi ora più ipoteche costituite per convenzione sul medesimo immobile, e tutte rese immediatamente pubbliche con regolari iscrizioni. Tizio, quando era ancora minore d'età, consentì nullamente ipoteca sopra un suo immobile, che poi gravò di nuove ipoteche dopo essere giunto all'età maggiore; e posteriormente ancora confermò l'atto costitutivo della prima ipoteca. È opponibile l'effetto retroattivo di questa

---

(1) V. Marcadé, t. V, art. 1338, § V; Aubry e Rau, t. IV, § 337, 4°, n. 35; Laurent, t. XVIII, n. 657.

conferma ai creditori, che stipularono ed attivarono le loro ipoteche nell'intervallo? Ovvero possono essi invocare il benefizio eccezionale dell'art. 1309, § 3°, come terzi, i cui diritti acquisiti non hanno ad essere pregiudicati? Che siano terzi, ed abbiano diritti legalmente acquistati e conservati prima della conferma, non si può negarlo, poichè supponiamo che le altre ipoteche siano state consentite e regolarmente iscritte innanzi che il debitore confermasse l'atto costitutivo della prima ipoteca, infetto di nullità. Ma tutto ciò non basta, come già osservammo, per rendere applicabile la disposizione eccezionale dell'articolo 1309, § 3°, e per impedire che sia opponibile a loro l'effetto retroattivo della conferma; bisognerebbe che quei loro diritti fossero stati legittimamente acquistati *in opposizione all'atto nullo*. Ciò si verifica quando si tratta di trasmissioni successivamente fatte da uno stesso alienante ad acquirenti diversi della proprietà d'una identica cosa; perchè l'ulteriore alienazione non può sussistere validamente, se non per la nullità della prima, epperò devesi necessariamente ritener compresa in quella la trasmissione al nuovo acquirente del diritto di opporre la nullità dell'alienazione precedente, e ritenere che l'alienante siasi spogliato, per quanto riguarda il nuovo acquirente stesso, della facoltà di convalidare colla conferma la precedente alienazione nulla. Ma può dirsi altrettanto allorchè si tratti, non di trasmissioni della proprietà, ma di semplici costituzioni d'ipoteca sopra un immobile? Non è concepibile che la proprietà d'una cosa sia trasmessa dalla stessa persona a più altre successivamente, perchè spogliatosi della proprietà colla prima alienazione, quella persona non può trasferire ulteriormente ad altri quel diritto che più non ha. Ma all'opposto, potendo indubbiamente coesistere più ipoteche costituite, contemporaneamente, od in tempi diversi, sul medesimo immobile, non può dirsi che l'una sia in opposizione all'altra, nel senso di non poter sussistere validamente, se non per la

nullità di questa; nè quindi vi è qui motivo per ritenere che consentendo una nuova ipoteca il costituente abbia implicitamente trasmesso al creditore il diritto di opporre la nullità dell'ipoteca anteriore, e siasi tacitamente spogliato della facoltà di riparare a quella nullità mediante un atto di conferma. Certamente, con tale conferma chi ha costituite le due ipoteche viene a privare il creditore posteriore del vantaggio della priorità di rango, che poteva derivargli dall'annullamento dell'ipoteca preesistente. Ma ciò è nel diritto del costituente stesso, appunto perchè collo stabilire l'ipoteca nuova egli non aveva rinunciato in nessun modo, nè esplicito, nè implicito, alla facoltà di convalidare quella che aveva anteriormente acconsentita. Nè d'altra parte i creditori, a cui furono concedute le ipoteche posteriori, possono dirsi delusi nelle guarentìe sulle quali avevano legittimamente contato; giacchè avendo conosciuto, o potuto conoscere col mezzo dei registri pubblici, la preesistenza dell'ipoteca altrui, ed avendo saputo, o dovuto sapere, che quantunque nullo l'atto costitutivo di quell'ipoteca era suscettibile di convalidazione a volontà del costituente, dovevano essere preparati a questa eventualità, ed hanno da imputare a se stessi d'essersi contentati d'una guarentìa ipotecaria soggetta ad essere menomata per questa causa. Tale infatti è la massima insegnata da autorevoli scrittori (1); quantunque da altri sia stata manifestata opinione contraria (2).

Questa si fonderebbe principalmente sulla considerazione, che il creditore stipulante un'ipoteca, posteriormente ad altra avente per oggetto il medesimo immobile, ma

(1) V. Toullier, t. VII, n. 524, t. VIII, n. 564; Merlin, *Questions de droit*, v° *Hypothèque*, § I, n. 6, 7; Troplong, *Comm. des privil. et des hypoth.*, t. I, n. 487 ss.; Pont, *Comm. — tr. des priv. et des hyp.*, t. I, n. 616; Aubry e Rau, t. III, § 266, n. 31.

(2) V. Persil, *Questions sur les priv. et les hyp.*, art. 2124, n. 12; Grenier, *Tr. des hypothèques*, t. I, n. 42, ss.; Battur, *Tr. des priv. et des hyp.*, t. I, n. 196; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, n. 53, ss.; Marcadé, t. V, art. 1338, § V; Martou, *Des priv. et des hyp.*, t. I, n. 979; Laurent, t. XVIII, n. 664.

nulla, abbia inteso di acquistare, non una seconda ma *una prima ipoteca*. Questo è certo — dice il *Laurent* — " perchè " bisogna supporre che l'immobile non abbia un valore " sufficiente per guarentire ambidue i crediti; altrimenti " mancherebbe un conflitto, e quindi non vi sarebbe più " questione „. Il ragionamento, però, ha più di apparenza che di verità. Certamente, se nasce questione tra i creditori ipotecari, è perchè all'atto della distribuzione del prezzo del bene ipotecato esso si trova insufficiente a soddisfare intieramente le obbligazioni guarentite. Ma è poi così certo che tale insufficienza fosse prevista dal secondo creditore allorchè stipulò la sua ipoteca dopo quella il cui atto costitutivo era infetto di nullità? Troppe volte accade che un creditore abbia creduto di guarentirsi abbastanza colla ipoteca che stipulava, e la sua fiducia rimanga poi delusa. Se il creditore intendeva veramente di acquistare *una prima ipoteca*, gli era facile farlo apparire da apposita dichiarazione nell'atto costitutivo, esponendovi lo stato delle cose, esprimendo la causa di nullità dell'anteriore ipoteca, e dichiarando l'intenzione del costituente di conferire, e quella del creditore stesso di acquistare un'ipoteca di primo grado. Allora sarebbe giusto dire che chi costituì la seconda ipoteca rinunciò implicitamente alla facoltà di sopprimere con una conferma la causa di nullità della prima, e convalidare questa; ed allora quindi dovrebbesi applicare la disposizione del 3° paragrafo dell'art. 1338 codice francese, 1309 codice italiano, perchè veramente l'effetto retroattivo della conferma offenderebbe un diritto legittimamente acquisito dal terzo in opposizione all'atto nullo, il diritto cioè del secondo creditore ipotecario. Ma se nulla di ciò apparisce dall'atto, è da presumersi invece che il secondo creditore abbia voluto accettare le condizioni ordinarie, e cioè stipulando la sua ipoteca dopo un'altra viziata di nullità, ma confermabile, abbia inteso di sottomettersi all'eventualità della conferma, che retroagendo potrebbe esporlo a vedersi definitivamente preterito l'anteriore creditore ipotecario.

Un autore, che fece sulla teoria della nullità speciali studi, pensò doversi comprendere fra gli elementi necessari per l'applicabilità dell'art. 1338, § 3° del codice francese (a cui corrisponde il 1309, § 3° del codice italiano) *la buona fede del terzo*, che vuole sottrarsi alla retroattività di effetti della conferma, e l'*intenzione fraudolenta* con cui questa sia stata fatta a danno di lui (1).

« Non basta — egli disse — che posteriormente all'atto « annullabile, e prima dell'atto confermativo, un terzo « abbia acquistato un diritto pel quale abbia interesse al- « l'annullamento di quel primo atto..... bisogna che la sua « pretensione sia legittima, *e che la conferma possa essere* « *in qualche guisa considerata come diretta a frodarlo*..... ». E dopo avere svolto questo concetto con varie argomentazioni, alle quali rimandiamo per non dilungarci soverchiamente, l'autore immagina a modo di esempio il caso d'una cessione di credito fatta nullamente, e nondimeno intimata in forma regolare al debitore: suppone che questi, conoscendo la nullità della cessione, paghi il proprio debito in mano al cedente; che quest'ultimo faccia posteriormente un atto di conferma; che il cessionario voglia allora costringere il debitore a pagare una seconda volta a lui; e che il debitore si difenda invocando la massima che l'effetto retroattivo della conferma non può essere opposto in pregiudizio dei terzi. L'autore dice potersi fare a questo mezzo di difesa del debitore la seguente risposta:

« Voi solo siete in colpa; voi vi siete reso complice della « frode del cedente, od almeno l'avete favorita colla vostra « negligenza; dovete dunque sopportarne le conseguenze. « Voi non potete invocare l'art. 1338, le cui disposizioni, « per ciò che concerne la retroattività, non sono applica- « bili che *ai terzi di buona fede*, i quali d'altronde non si « siano esposti per colpa propria alle conseguenze d'una « conferma ulteriore ».

(1) V. Solon, *Tr. des null.*, t. II, n. 367 e seg.

Ci sembra però che la surriferita teorica, per quanta sia l'autorità di chi l'ha immaginata, non corrisponda allo spirito vero della disposizione di legge della quale si tratta, e che l'esempio proposto non sia punto concludente per dimostrarla. Quando il legislatore ha dichiarato che non ostante la retroattività di effetti della conferma, debbano rimaner *salvi i diritti dei terzi*, non ha parlato nè di buona fede che si richieda in questi, nè d'intenzione fraudolenta che si supponga nell'autore dell'atto di conferma. E d'altra parte, simili requisiti neppur possono reputarsi necessari pei motivi che hanno fatto ammettere la massima predetta in favore dei terzi; poichè l'intento del legislatore non fa, come già dicemmo, di proteggere la buona fede contro gl'inganni altrui, ma di far rispettare diritti legittimamente acquistati e conservati, in opposizione all'atto nullo. Sia pure che il terzo non sia stato veramente *in buona fede*, inquantochè al tempo nel quale acquistò il diritto, e per esempio comprò l'immobile, abbia saputo che questo era stato prima venduto dalla stessa persona ad un'altra; ma se quella vendita anteriore era nulla, il secondo compratore ha fatto un acquisto legittimo, e se poi ha pure legalmente conservato il proprio diritto mediante la trascrizione dell'atto d'acquisto, sicchè possa opporlo anche al terzo, anteriore acquirente, è ben fondato in diritto l'assunto ch'egli sostiene contestando l'efficacia, quanto a lui, dell'atto, col quale al suo autore è piaciuto, dopo che la seconda vendita era convenuta e resa efficace anche verso i terzi mediante la trascrizione, di convalidare colla conferma la prima vendita nulla. Sia pure che l'autore della conferma non l'abbia fatta con animo di frode a danno del nuovo acquirente; ma poichè questi aveva un diritto legittimamente acquisito e conservato, non può esser lecito a chi gli ha trasmesso questo diritto, od ai suoi successori, il vulnerarlo con un atto posteriore, quand'anche in ciò non entri alcuna intenzione di frode. Così vogliono i principii fondamentali di diritto; ai quali la lettera e lo spirito

della legislazione positiva non contraddicono, nè è lecito agl'interpreti l'allontanarsene.

Abbiamo detto inoltre che l'esempio proposto dall'autore non sembra concludente per la dimostrazione della massima ch'egli avrebbe voluto stabilire; nè crediamo che possa essere grave la difficoltà per dimostrarlo. Non dubitiamo punto che, confermata la cessione annullabile d'un credito, il cessionario abbia diritto di esigere dal debitore ceduto il pagamento, non ostante che questi lo abbia già eseguito in mani del cedente. Solo pensiamo, che ciò dipenda, non già dalla *mala fede del debitore*, al quale perciò non sia applicabile il benefizio della disposizione eccezionale contenuta a favore dei terzi negli art. 1338, § 3° codice francese, 1309, § 3° codice italiano; bensì dipenda dal non trattarsi veramente di un *terzo*, nel senso in cui questa parola è usata nei predetti articoli; e crediamo che la questione debba essere considerata sotto un diverso ordine d'idee, ed essere risolta coll'applicazione di tutt'altri principii di diritto.

I *terzi*, di cui parlano gli articoli surricordati, sono coloro che nell'intervallo fra un atto annullabile, e la conferma di esso, abbiano acquistati *diritti reali* sui beni formanti oggetto di quell'atto; ed è il conflitto tra il diritto reale convalidato retroattivamente a favore di uno, e il diritto reale acquistato nell'intervallo da un altro, che viene risolto in favore di quest'ultimo dalla disposizione di cui si tratta.

Ora, è forse questa la posizione in cui si trova il debitore ceduto, rimpetto al cessionario, a cui fu trasmesso un credito mediante un atto nullo in origine, ma poi confermato? Non si può esitare a rispondere negativamente. Non si tratta, innanzi tutto, di un *diritto reale*, che abbia formato oggetto di trasmissione; e inoltre il debitore non è *un terzo* di fronte al cessionario, che rappresenta la persona stessa del cedente, verso il quale il debitore contrasse la sua obbligazione. Il conflitto poi

non si verifica in questo caso fra due che abbiano acquistati diritti sulla medesima cosa, l'uno per atto anteriore nullo in origine, ma confermato più tardi, l'altro per atto valido posteriore al primo, ma anteriore alla conferma. Il conflitto si verifica invece tra il cessionario, che chiede di essere pagato fondandosi sull'atto di cessione convalidato mediante l'atto di conferma, e il debitore, che pretende d'essersi liberato validamente pagando in mano del creditore cedente prima che questi avesse confermato l'atto di cessione. A che dunque parlare della massima che la retroattività d'effetti della conferma *non pregiudica ai terzi?* Ed a che cercare un motivo per disapplicare quella massima nella *mala fede* di cui sarebbesi reso colpevole il debitore operando quel pagamento? La questione non è su ciò, ma unicamente sulla validità, o non, del pagamento fatto al cedente, in base ai principii che regolano questo modo di estinzione delle obbligazioni, combinati cogli altri relativi alla cessione. E in quest'ordine d'idee la soluzione della questione stessa pare molto facile.

Il pagamento dev'essere fatto al creditore, od a persona autorizzata a riceverlo invece di lui; altrimenti non è valido (art. 1241 cod. civile). La cessione del credito ne trasferisce la proprietà al cessionario, e questi diviene quindi il creditore, al quale dev'essere fatto il pagamento (articolo 1538 cod. civile); nè il debitore può liberarsi validamente pagando al cedente, se non quando lo faccia prima che dal cedente stesso o dal cessionario gli sia stata notificata la cessione (art. 1540 cod. civile). Nel caso proposto si suppone eseguita la intimazione al debitore dell'avvenuta cessione; dunque il pagamento da lui fatto dopo in mano del cedente non può averlo liberato. Si opporrà che la cessione essendo in ipotesi nulla, non poteva aver prodotto l'effetto di fare acquistare la proprietà del credito al cessionario? Questo è principio innegabile, ma nell'applicazione è d'uopo combinarlo coll'altro, che qualsiasi nullità deve, in regola generale, essere riconosciuta e dichia-

rata dai giudici, e perciò ogni atto, viziato d'una nullità quale che sia, rimane nondimeno efficace in diritto, e produce quindi tutti gli effetti che sono propri della natura sua, finchè l'annullamento non ne sia stato pronunciato per sentenza. Della validità o nullità dell'atto di cessione del credito non può rendersi giudice il debitore; e se, dopo intimatagli la cessione, egli paga il debito in meno al cedente, ritenendo nulla la cessione stessa, si espone volontariamente all'eventualità di non trovarsi liberato validamente qualora, anzichè venir pronunziata in giudizio quella nullità, venga invece riparata mediante la conferma, che fa considerare l'atto di cessione come perfettamente valido fin dal momento in cui fu formato. Il debitore potrà ricorrere contro il cedente per conseguire il rimborso di ciò che gli ha pagato; potrà pure chiedergli il risarcimento dei danni che abbia sofferti, non già pel fatto della conferma, che costituisce l'esercizio d'un diritto legittimo del cedente, e " *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* „ ; ma pel fatto d'avere accettato il pagamento conservando tuttavia l'intenzione di convalidare la cessione nulla. Tutto ciò, per altro, riguarda i rapporti personali tra il cedente e il debitore, non quelli di costui col cessionario, determinati unicamente dai fatti della cessione debitamente notificata, e della posteriore conferma. Colla intimazione dell'atto di cessione del credito al debitore, il cessionario era investito legalmente e completamente della proprietà del credito ceduto. Il debitore, contro cui egli avesse allora agito per esser pagato, avrebbe veramente potuto eccepire la nullità della cessione, qualora tale nullità fosse *assoluta;* ma pagando in mano di lui si sarebbe liberato validamente anche a fronte del cedente, in virtù della cessione, che quantunque nulla produceva tutti i suoi effetti giuridici finchè la nullità non fosse stata pronunciata giudizialmente. Il pagamento fatto al cedente non ha invece potuto liberare il debitore rimpetto al cessionario; per le stesse ragioni, che questi trovavasi investito legalmente delle ragioni del cre-

dito, dal momento in cui l'atto di cessione era stato intimato al debitore, e che la nullità di quell'atto non autorizzava costui a pagare in mano al cedente, non essendo tale nullità stata ancora pronunciata in giudizio. La conferma verificatasi poi della cessione ha definitivamente consolidate nel cessionario le ragioni del credito; valendosi delle quali egli può dunque agire pel pagamento contro il debitore, senza riguardo ai fatti passati tra questo e il cedente — fatti estranei a lui cessionario — nè ai rapporti giuridici che possono esserne derivati tra gli stessi debitore e cedente. Ora, lo ripetiamo, non ci sembra che con tutto questo complesso di considerazioni possano avere relazione alcuna, nè la massima scritta negli art. 1338, § 3° cod. franc. e 1309, § 3° cod. it., che vuole salvi *i diritti dei terzi* contro l'effetto retroattivo dell'atto di conferma, nè il riflesso che il debitore, per aver pagato il cedente, possa riguardarsi come complice d'una frode di lui, e ad ogni modo sia in colpa, e debba per questo rimanere esposto alle conseguenze d'una ulteriore conferma.

125. Per le stesse riflessioni avvertite in principio del numero precedente, parlando ora della prescrizione come eccezione opponibile alle azioni di nullità e di rescissione, ci asterremo dall'entrare nei particolari delle regole riguardanti questa speciale prescrizione, e delle cause per cui può esserne sospeso o interrotto il corso; al fine di non preoccupare una trattazione spettante al commento d'una parte speciale del codice. Ci limiteremo qui ad alcuni cenni generali, che mettano in chiaro come e perchè questo mezzo, d'una prescrizione assai più breve dell'ordinaria, faccia estinguere le azioni di nullità e di rescissione, quali speciali caratteri assuma, e quali particolari effetti produca, completando con ciò questo già troppo lungo trattato delle nullità.

“ Le azioni di nullità o di rescissione d'un contratto —
“ così è detto nell'art. 1300 del nostro codice — *durano*

“ *per cinque anni in tutti i casi,* nei quali non siano state “ ristrette a minor tempo da una legge particolare „.

La stessa espressione del testo suggerisce una prima domanda, alla quale è necessario rispondere. È una vera prescrizione speciale, che il legislatore intese di stabilire per quelle azioni? Oppure volle soltanto prefiggere un *termine per l'esercizio delle azioni* medesime, trascorso il quale debba seguirne la *decadenza* a danno di coloro a cui competevano. La questione non è certamente senza interesse anche pratico. Allorchè la legge, nel concedere un'azione determinata, ne limita l'esercizio ad un tempo prefisso, per motivi particolari riguardanti il carattere stesso dell'azione, o l'indole dei fatti e dei rapporti giuridici che le danno fondamento — come per l'azione in disconoscimento di paternità (art. 166, 167 cod. civile), per quella in rivocazione d'una donazione per ingratitudine del donatario (articolo 1082 cod. civile), per quelle dirette ad ottenere supplemento o diminuzione del prezzo di vendita, in causa di eccedenza o deficienza di misura dell'immobile venduto (art. 1478 cod. civile), per l'azione redibitoria (art. 1505 cod. civile) per quella in rescissione per lesione nella vendita immobiliare (art. 1531 cod. civile) o nella permuta con rifatta (art. 1554, 1555 cod. civile) — il trascorrimento del termine importa *decadenza* dall'azione. Questa decadenza però non è da confondersi con una vera *prescrizione estintiva;* dalla quale differisce essenzialmente per ciò, che in questa è presupposta come fondamentale una condizione estrinseca, consistente nell'avere il creditore trascurato di far valere le proprie ragioni, e con ciò dimostrato l'animo di riconoscerle non bene fondate o d'abbandonarle; mentre, quanto ai termini recanti decadenza da un'azione, si prescinde da qualsiasi considerazione di negligenza o di tacita rinuncia da parte di colui al quale l'azione medesima è accordata dalla legge sotto la condizione imprescindibile che venga esercitata in giudizio entro un dato termine, reputandosi

ciò necessario per motivi d'interesse generale attinenti all'indole stessa dell'azione ed a quella dei fatti e dei rapporti giuridici che le danno luogo. Quindi è che non sono applicabili alle semplici decadenze per trascorrimento di termini le cause di *sospensione* ammesse per la prescrizione (art. 2119, 2120 cod. civile); e che neanche la massima " *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua " fiunt ad excipiendum* „ può essere applicabile in materia di decadenza, cosicchè neppure in via di eccezione può essere proposto, dopo trascorso il termine prefisso dalla legge, ciò che in via d'azione essa permetteva di domandare soltanto entro quel termine. Ora nell'art. 1300 non si tratta particolarmente di azioni determinate, che dal legislatore vengano accordate a condizione che ne venga promosso l'esercizio entro un dato termine; ma vi si contemplano in genere tutte le azioni di nullità o di rescissione. È quindi impossibile supporre l'esistenza di peculiari motivi attinenti alla natura ed al carattere speciale delle singole azioni, ed all'indole dei fatti e dei rapporti giuridici su cui ciascuna di esse sia fondata, i quali motivi giustifichino di subordinare la concessione delle azioni stesse al loro esercizio entro un determinato tempo. È tutta una grande categoria di azioni, per la quale viene stabilito il tempo col decorso del quale rimarranno estinte; e questo è appunto il carattere della prescrizione estintiva, com'è definita nell'art. 2105 del cod. civile. Sembra dunque ben fondata l'opinione che considera, non come una semplice decadenza, ma come una vera prescrizione, sebbene stabilita in via d'eccezione all'ordinaria prescrizione estintiva, quella che è determinata in un tempo assai più breve dell'ordinario per le azioni di nullità e di rescissione (1).

Quali sono i motivi per cui si è derogato alla regola comune, stabilendo per la prescrizione delle azioni di nul-

---

(1) V. Aubry e Rau, t. II, § 214, nª 9; t. IV, § 339, nª 2.

lità e di quella di rescissione, il solo tempo di cinque anni, in vece dell'ordinario periodo trentennale? Su questo punto avemmo già prima d'ora occasione di esprimere incidentemente qualche idea. Gli autori francesi si accordavano generalmente nel riguardare la breve prescrizione estintiva delle azioni di nullità e di rescissione come *equivalente ad una conferma tacita della convenzione annullabile o rescindibile.* Dicevano essi che, se il legislatore aveva derogato per queste azioni alle norme comuni, era perchè la persona a cui competeva l'azione astenendosi dall'esercitarla per un tempo abbastanza considerevole, sebbene assai inferiore a quello della prescrizione ordinaria, dimostrava l'animo di approvare il contratto e di rinunziare al diritto spettantegli di domandarne l'annullamento, nel che appunto riscontravasi il concorso degli estremi d'una conferma tacita (1). Dimostrammo però, sia con riflessioni generali, sia più specialmente coll'appoggio delle dichiarazioni contenute nella relazione Ministeriale con cui fu presentato al Senato il progetto del codice, come il legislatore nostro, nell'ammettere non solo una prescrizione più breve dell'ordinaria per le azioni di nullità e di rescissione, ma nell'abbreviarne anche più il tempo, riducendolo da dieci anni — com'era nel codice francese ed in altri — a soli cinque anni, avesse assunte a base considerazioni di altr'ordine, si fosse ispirato a motivi d'interesse generale, *per meglio guarentire la stabilità dei contratti e la sicurezza del commercio*; e come perciò il potersi presumere la intenzione della parte di assoggettarsi alla piena efficacia della convenzione, e rinunziare ai mezzi che le spettavano per farla annullare, non sia da riguardarsi che quale motivo secondario tra quelli che fecero ammettere la breve prescrizione predetta (2). Esclusa pertanto l'idea che la prescrizione estintiva delle azioni di

---

(1) TOULLIER, t. VII, n. 661; DURANTON, t. XII, n. 538; MARCADÉ, t. IV, art. 1338, § IV; AUBRY e RAU, t. IV, § 339, nª 3; DEMOLOMBE, t. XXIX, n. 50, ss.; LAURENT, t. XIX, n. 1, ss.

(2) V. sopra, n. 105, p. 695-699.

nullità e di rescissione sia da riguardarsi come una semplice conferma tacita dell'obbligazione soggetta ad annullamento od a rescissione, scompariscono pure le conseguenze che da quel principio deducevano i commentatori del codice francese. I quali però, mentre professavano che la breve prescrizione predetta non fosse mai applicabile in quei casi in cui non fosse ammissibile la conferma dell'obbligazione annullabile, dovendosi allora ricorrere alla prescrizione ordinaria, erano poi costretti a riconoscere che non sempre poteva aver luogo quella prescrizione più breve in tutti i casi in cui fosse possibile la conferma. Questa (dicevano), consistendo in un fatto positivo, pel quale o espressamente mediante un atto, o tacitamente mediante l'esecuzione volontaria, convalidavasi l'atto annullabile, *poteva o doveva avere, sotto certi rapporti, maggiore efficacia che la semplice inazione* (1). Questa stessa concessione, però, infirmava grandemente, a nostro modo di vedere, l'assunto principale. Se la breve prescrizione delle azioni di nullità null'altro fosse stata veramente che una conferma tacita dell'atto annullabile, come mai, verificandosi gli estremi che darebbero luogo alla conferma tacita, sarebbesi potuto escludere la possibilità di quella forma di essa a cui ridurrebbesi la prescrizione? Se ne adduce per motivo che la semplice inazione — come avviene nel caso della prescrizione — non può aver sempre tutta quella efficacia che è attribuibile ad un fatto positivo, quale si avvera nella conferma. Ma ciò non dimostra dunque appunto, che la prescrizione, dipendente dalla semplice inazione, è tutta altra cosa che la conferma dipendente da un fatto positivo?

Del resto neppure l'altra proposizione affermata dagli autori francesi, che la breve prescrizione delle azioni di nullità o di rescissione non fosse mai applicabile, qualora non fosse possibile la conferma dell'atto annullabile, ci sembra potersi riguardare come perfettamente esatta e si-

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 339, n. 4, 19.

cura. Infatti, non è possibile la conferma d'un atto di cui sia ignota alla parte la causa che lo renda annullabile, perchè per la conferma espressa si richiede che nell'atto di essa si dichiari il motivo che rende viziosa l'obbligazione, e l'intendimento di correggere quel vizio, e per la conferma tacita si esige che l'esecuzione volontaria dell'obbligazione, contro cui la legge ammette l'azione di nullità, sia fatta *da chi conosca il vizio su cui tale azione è fondata* (art. 1309 cod. civ.); mentre all'opposto la breve prescrizione delle azioni di nullità o di rescissione, decorre, in regola generale, dal giorno in cui è seguìto il contratto o l'atto annullabile o rescindibile, ancorchè non sia provato che la parte contro cui quella prescrizione si opera abbia fin d'allora conosciuto il vizio della propria obbligazione.

Certo, non è da escludersi che in alcuni rapporti possano essere identiche le regole da seguirsi, tanto per la conferma delle obbligazioni annullabili, quanto per la prescrizione estintiva delle azioni di nullità o di rescissione. Può verificarsi in quei rapporti una vera identità di motivi, o motivi differenti possono condurre tuttavia ad identiche conclusioni. Quello però che non può ammettersi, a senso nostro, è che le stesse norme valgano generalmente, perchè la breve prescrizione delle azioni di nullità o di rescissione non sia altro che una conferma tacita.

Quali sono poi le norme di applicazione comuni tanto alla conferma quanto alla prescrizione stabilita dall'articolo 1300 del codice civile, e rispetto a quali altre norme si verificano invece differenze tra l'una e l'altra? In questo argomento non potremmo ora entrare, se non assumendoci la esposizione completa di teorie, delle quali ci proponemmo qui soltanto un qualche cenno generale e preliminare.

La breve prescrizione di cui parliamo è ammessa dall'art. 1300 per *le azioni di nullità o di rescissione di un contratto*. È quindi esclusa l'applicabilità di tale prescrizione qualora si tratti di atti, non soggetti semplicemente ad annullabilità o rescindibilità, ma di atti assolutamente

inesistenti in diritto, che sono da riguardarsi come non avvenuti; altra prescrizione non sarebbe possibile opporre all'azione che venisse intentata in giudizio per far riconoscere e dichiarare questa inesistenza giuridica dell'atto, fuorchè la prescrizione trentennaria. Intorno a tutto ciò abbiamo discorso diffusamente in altro luogo, e basta qui il riferirvisi (1).

Parlammo pure altra volta della interpretazione da darsi al predetto articolo 1300 circa le *azioni di nullità o di rescissione* che siano da ritenersi soggette in virtù di esso alla breve prescrizione di cinque anni; e ci parve di poter dimostrare che tutte le vere e proprie azioni di nullità o di rescissione debbano intendervisi comprese, eccettuate quelle di ordine pubblico (2).

Nè alle sole nullità che si verifichino nei contratti è applicabile la detta disposizione, ma pure a quelle da cui siano viziati atti non contrattuali, ma producenti vincolo giuridico in virtù dell'accettazione fattane espressamente dagli interessati, e diritti irrevocabilmente acquisiti in favore di questi ultimi, come sarebbero atti d'accettazione o di rinunzia d'eredità, pagamenti, quitanze, e simili (3).

È però sempre indispensabile, acciocchè facciasi luogo ad applicare l'eccezionale prescrizione stabilita dall'articolo 1300, che si tratti — come ivi è detto — di *azioni di nullità o di rescissione* di contratti o d'atti, nè la predetta disposizione eccezionale sarebbe estensibile ad altre azioni, per quanto analoghe; come sarebbero quelle di *risoluzione*, di *rivocazione*, di *ripetizione d'indebito, di riduzione di donazioni*, ecc.; per le quali azioni devesi osservare soltanto la prescrizione ordinaria, salvochè siavi qualche disposizione particolare, che stabilisca un tempo più breve, come per la rivocazione della donazione per ingratitudine (art. 1082 cod. civ.) o per sopravvenienza di figli (art. 1090 cod. civile).

---

(1) V. sopra, n. 105, p. 695-706.
(2) V. sopra, n. 107, p. 726-731.
(3) V. Aubry e Rau, t. IV, § 339, n. 14.

La disposizione del predetto articolo 1300, pei motivi stessi sui quali è fondata, concernenti — come fu dichiarato nella relazione del Ministro *Pisanelli* — *la guarentigia della stabilità dei contratti, e l'interesse legittimo del commercio, il quale non permette che la proprietà e gli altri diritti sulle cose rimangano lungamente incerti*, non può evidentemente avere applicazione che per le azioni di nullità o di rescissione aventi oggetti d'*interesse patrimoniale;* ed è quindi estranea alle azioni di nullità contro atti riguardanti lo stato delle persone, come quelli di nullità del matrimonio, dell'adozione, del riconoscimento de' figli naturali. Per le quali azioni valgono le disposizioni particolari che si trovino nella legge su tali materie; e in mancanza non si può che ricorrere alla norma comune della prescrizione ordinaria (1).

Inoltre si suppone sempre che l'azione di nullità o di rescissione sia promossa contro il contratto o l'atto da chi vi fu parte, o dai suoi eredi od aventi causa. I terzi, che abbiano ad intentare simili azioni, sono soggetti soltanto alla prescrizione ordinaria. E come terzi debbono pure riguardarsi gli stessi eredi od aventi causa, allorchè impugnino l'atto od il contratto, non in qualità di rappresentanti il loro autore, ma in nome proprio, per aver salvi i loro diritti contro quell'atto che li offenda, emanato dal loro autore medesimo. Così è per esempio dell'azione spettante agli eredi legittimi per nullità del testamento fatto dal loro autore, od agli eredi legittimari od ai creditori per far annullare come simulati certi atti del defunto o del debitore.

È da avvertire in fine che nell'art. 1300 essendo parlato unicamente delle *azioni* di nullità o di rescissione, la disposizione di esso non potrebb'essere estesa alle *eccezioni* opponibili per simili cause. Per esse vale la massima generale “ *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua fiunt ad excipiendum* „ la qual massima fu infatti espressamente

---

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 339, nº 17.

applicata nel secondo paragrafo del successivo art. 1302 del nostro codice. L'eccezione deve sempre durare quanto l'azione a cui può venire opposta; e ciò è naturale, perchè solo dalla introduzione dell'azione nasce l'interesse a difendersi contro di essa mediante l'eccezione. Quindi è che se, per esempio, fosse stato venduto un immobile da una donna maritata senza l'autorizzazione del marito, o da un minore o da un interdetto senza osservare le formalità abilitanti stabilite dalla legge, sebbene la nullità della vendita per tali cause non fosse proponibile in via di azione dopo trascorsi cinque anni dal giorno dello scioglimento del matrimonio, o da quello della maggiore età o della rivocazione dell'interdizione, l'incapace però potrebbe sempre prevalersi dell'eccezione di nullità, finchè fosse in possesso del bene venduto, per difendersi dall'azione che contro lui venisse promossa dall'acquirente o dai successori di questo, al fine di ottener la consegna del bene medesimo (1).

L'opponibilità, in massima, della speciale prescrizione estintiva, a cui furono assoggettate le azioni di nullità o di rescissione, esclude assolutamente di poter invocare anche rispetto ad esse la prescrizione ordinaria di 30 anni, con cui si estinguono tutte le azioni? (art. 2135 cod. civ.). O in altri termini: supposta un'azione di nullità estinguibile colla prescrizione stabilita dall'art. 1300, ma che non possa dirsi ancora estinta con questo mezzo, per non essere finiti i cinque anni computati dal giorno prefissi nel secondo paragrafo dell'articolo predetto, mentre invece dal giorno del contratto o dell'atto, che viene impugnato per nullità, siano trascorsi i 30 anni della prescrizione ordinaria, potrà questa essere invocata da colui che è convenuto coll'azione di nullità?

Una donna maritata, p. es., ha venduto un suo immo-

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. II, § 25; Toullier, t. VII, n. 610 ss.; Solon, *Tr. des null.*, t. II, n. 495; Troplong, *De la prescription*, t. II, n. 827, ss.; Demolombe, t. XXIX, n. 136, 137; Aubry e Rau, t. IV, § 339, n.ª 29, t. VIII, § 771, n.ª 2, 3, 4.

bile parafernale senza esservi autorizzata dal marito. Sono trascorsi 30 anni dal giorno del contratto prima dello scioglimento del matrimonio. Entro cinque anni dacchè questo scioglimento è avvenuto, la donna ha agito contro l'acquirente per la restituzione del bene venduto, allegando la nullità del contratto. Il convenuto oppone la prescrizione estintiva, in base al disposto dell'art. 2135. L'attrice risponde che trattandosi di azione di nullità la prescrizione estintiva opponibile non è quella dell'art. 2135, bensì l'altra dell'art. 1300, la quale non è ancora compiuta, dovendo esserne computata la decorrenza dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

Come è evidente, il nodo della questione — e lo accennammo nel formularla — sta appunto nel risolvere se colui contro il quale è proposta l'azione di nullità possa tuttavia invocare la prescrizione comune estintiva di tutte le azioni tanto reali quanto personali; o se l'essergli accordata una speciale prescrizione più breve, gl'impedisca di giovarsi della ordinaria. Nè si può disconoscere che a quest'ultima idea farebbe propendere, a primo aspetto, il principio che dove vi ha una disposizione speciale essa deroga alla generale, la quale pertanto non può più avere applicazione. Questa regola, per altro, suppone che la intenzione del legislatore, nel dare una determinata disposizione speciale, sia stata appunto di rendere per quel particolare caso o rapporto affatto e sempre inapplicabile la disposizione generale diversa. Ora, se si considerano i motivi, pei quali fu stabilita questa speciale prescrizione più breve per la estinzione delle azioni di nullità o di rescissione, è facile argomentarne al contrario che non sia stata volontà del legislatore di sottrarre le azioni di nullità alla regola generale dall'art. 2135, che esclude assolutamente poter mai durare più di 30 anni qualsiasi azione o reale o personale. La disposizione dell'art. 1300 ebbe per iscopo, come vedemmo, di facilitare la liberazione dalle azioni di nullità, per guarentire maggiormente la stabilità dei contratti e l'interesse

legittimo del commercio, affrettando il tempo in cui cessi la incertezza della proprietà. Un tale scopo non sarebbe al certo favorito, ma sarebbe anzi manifestamente contrariato, qualora si mantenesse viva l'azione di nullità anche dopo trascorso il massimo tempo di 30 anni dal giorno in cui quell'azione nacque e fu esercibile, solo perchè l'applicazione della disposizione speciale diretta a sollecitare la liberazione da quell'azione, riuscirebbe invece, per la particolarità del caso, a far durare l'azione medesima oltre al tempo massimo ammesso dalla regola generale. Fu intenzione del legislatore di abbreviare la durata delle azioni di nullità; e con questa sua volontà sarebbe impossibile conciliare ch'esse fossero in qualsiasi caso esercibili per un tempo maggiore di quello stabilito per tutte le altre, maggiore di quello che dovrebbe pure produrne la estinzione supponendo che non esistesse quella particolare disposizione che si propose di affrettare la loro cessazione. E così appunto accadrebbe nel caso proposto: perchè l'azione di nullità dell'atto di alienazione d'immobili, fatto dalla donna maritata senza l'autorizzazione del marito, poteva essere esercitata, a norma dell'art. 137 cod. civ., anche durante il matrimonio dal giorno stesso del contratto; e compiuti i 30 anni da quel giorno, l'azione sarebbe quindi estinta per la prescrizione ordinaria, il corso della quale nè potrebbe reputarsi sospeso a senso dell'art. 2120 codice civ., poichè secondo la fatta ipotesi il bene alienato non sarebbe stato dotale, ma parafernale, nè sarebbe stato interrotto — ciò pure supponiamo — con qualsiasi mezzo, naturale o civile.

Può accadere che all'azione, con cui s'impugni un atto od un contratto, sia opponibile talvolta la prescrizione speciale dell'art. 1300, tal altra la prescrizione ordinaria dell'art. 2135, stantechè pel diverso modo in cui l'atto sia stato fatto risulti che la impugnazione segua in un caso mediante l'esercizio d'una vera e propria azione di nullità, come è intesa nell'art. 1300, e nell'altro caso avvenga col mezzo

d' un' azione diversa, non compresa nel detto articolo, e soggetta quindi soltanto alla regola generale dell'art. 2135.

Suppongasi che un tutore abbia alienato un bene immobile appartenente al minore soggetto alla sua tutela, ma l'atto di alienazione sia nullo, perchè non autorizzato dal consiglio di famiglia, o perchè la deliberazione di questo non sia stata omologata dal tribunale, a senso degli articoli 296 e 301 del codice civile. Quantunque il tutore abbia ecceduto i limiti dei suoi poteri, facendo in tal modo questa alienazione, egli ha ciò non ostante agito quale rappresentante del minore, secondo la regola generale dell'art. 277 cod. civ.; ond'è il minore che si reputa essere stato parte nell'atto, il quale nondimeno può essere da lui impugnato a norma dell'art. 1303, nº 3º. Ma appunto perciò è una vera e propria azione di nullità, ch'egli intenta; azione contemplata nell'art. 1300, e quindi esercibile soltanto entro cinque anni computati dal giorno della maggiore età.

Non sarebbe diversamente anche quando la causa d'impugnazione dell'atto non consistesse nell'inadempimento delle formalità volute dagli articoli 296 e 301, ma dipendesse da ciò che a chi agiva come tutore ne fosse mancata la qualità legittima, per irregolarità dell'atto di nomina o per altro motivo. Non essendo intervenuto all'atto, fatto in nome del minore, *il legittimo rappresentante* di lui, l'atto sarebbe impugnabile per questo motivo, a senso dell'articolo 1303, nº 1º, salvo l'effetto che potesse attribuirsi, per sostenerne la validità, all'*errore comune* per cui quella persona fosse stata riguardata da tutti come legittimamente investita delle funzioni di tutore. Ad ogni modo tratterebbesi sempre di vera e propria *azione di nullità*, tale dichiarata espressamente nel ricordato art. 1303, nº 1º, compresa quindi nella disposizione del precedente art. 1300, epperò non proponibile al di là del quinquennio dal giorno della maggiore età della persona in cui nome l'atto fu compiuto.

Ma suppongasi invece che il tutore, durante la tutela, abbia venduto *come proprio* un bene appartenente al mi-

nore; ovvero che abbia fatta la vendita *in qualità di tutore* dopo che la tutela era finita. Forsechè il minore divenuto maggiorenne, agendo contro il possessore del bene alienato per conseguirne la restituzione, avrà bisogno di ricorrere all'azione di nullità a termini degli articoli 1300 e 1303, e di osservare quindi la prima di queste disposizioni quanto al tempo entro il quale debba essere proposta l'azione stessa? Evidentemente non gli occorre di valersi dell'azione di nullità, come se si trattasse d'un atto che fosse stato fatto in suo nome e rappresentanza. Egli ha in proprio favore l'azione di *rivendicazione* della cosa sua (art. 439 cod. civ.) illegittimamente alienata dal tutore, che ne disponeva dichiarandola propria, o dichiarandosi rappresentante del minore quando la tutela già era finita, e non aveva quindi alcun mandato nè legale nè convenzionale. Il primo caso essendo veramente di *vendita della cosa altrui*, dà pur luogo a senso dell'art. 1459 cod. civ., ad un'*azione di nullità;* la quale però non cade sotto l'applicazione dell'articolo 1300, perchè questo contempla le azioni colle quali s'impugni una convenzione od un atto da chi vi sia intervenuto come parte, o personalmente, o per mezzo di chi lo rappresentasse: mentre il minore, di cui il tutore vendè un bene come proprio, è da riguardarsi come *estraneo* a tale atto. Ora quest'azione di rivendicazione, o di nullità per causa diversa da quelle contemplate nell'art. 1300, non va soggetta ad altra prescrizione che la ordinaria stabilita nell'art. 2135.

Osservazioni simili possono farsi in casi riguardanti la donna maritata. Se essa abbia alienato un suo immobile parafernale senza esservi autorizzata dal marito, non può esser dubbio che l'azione di nullità, a lei competente secondo l'art. 137 del codice civile, debba essere esercitata, sotto pena di perderla, entro il tempo prefisso dall'art. 1300, di cinque anni dal giorno dello scioglimento del matrimonio. Se invece l'alienazione sia stata fatta dal marito, o dichiarando suo proprio il bene formante oggetto di ven-

dita, od anche dichiarandolo della moglie, ma senza averne da lei il mandato, si tratterà anche qui semplicemente di una vendita di cosa altrui, o di una vendita fatta in nome d'altri senza i necessari poteri, e quindi alla moglie spetterà un'*azione di rivendicazione*, soggetta soltanto alla prescrizione ordinaria.

Fingasi ora che si tratti di beni dotali, alienati senza che ciò fosse permesso in virtù di stipulazione fatta nel contratto di matrimonio, e senza che fosse intervenuta l'autorizzazione del tribunale, secondo le norme degli articoli 1404, 1405 cod. civ. Se l'alienazione fu fatta col consenso di ambidue i coniugi, od anche dalla sola moglie, può farsene dichiarare la nullità tanto dal marito che dalla moglie durante il matrimonio, e da questa anche dopo lo scioglimento di esso (art. 1407 cod. civ.). Ma trattandosi allora di vera e propria azione di nullità, contemplata e regolata dall'articolo 1300 del cod. civ., la moglie esercitando tale azione dopo sciolto il matrimonio, dovrà conformarsi all'articolo predetto, promuovendola innanzi il compimento del quinquennio dal giorno della morte del marito. Se invece l'alienazione sia stata fatta dal solo marito, o dichiarando di sua proprietà il bene dotale, od anche dichiarandone questa qualità, ma dicendosi autorizzato ad alienare, è certo che queste dichiarazioni del marito non potendo avere alcun valore, e la verità essendo che si tratta di una vendita di cosa altrui, o di una vendita fatta per conto altrui senza i poteri necessari, la moglie non avrà alcun bisogno di ricorrere all'azione in nullità; bastandole *l'azione reale di rivendicazione*, mediante cui potrà farsi restituire dal terzo possessore il bene illegalmente trasmessogli. Questa azione sarà quindi da lei esercibile per 30 anni secondo le norme della prescrizione ordinaria; nè sarà il caso di doversi osservare la disposizione dell'articolo 1300.

Per esaurire, nei limiti propostici, questo importante argomento, resta ancora qualche cenno a dare intorno agli effetti derivanti dal compimento della breve prescrizione, a

cui la legge assoggettò le azioni di nullità o di rescissione. I quali effetti si riassumono sostanzialmente in quest'unico concetto, che compiutasi quella prescrizione, l'azione di nullità o di rescissione rimane *estinta;* poichè la legge stessa nel concederla ne ha limitata la durata a cinque anni, dei quali ha fissato il punto di decorrenza nel secondo paragrafo dell'art. 1300.

E poichè un atto o contratto, sebbene nullo, annullabile o rescindibile, produce nondimeno tutti gli effetti giuridici che sono propri della natura sua, non altrimenti che se fosse pienamente valido, fino a che la nullità o la rescissione non sia stata pronunciata per sentenza, e poichè questa d'altra parte presuppone un'azione promossa od una eccezione opposta per far dichiarare la nullità dell'atto o del contratto, o farlo rescindere; è conseguente che, *per quanto riguarda l'azione*, l'estinzione di essa per prescrizione abbia per effetto la convalidazione definitiva e completa dell'atto, per l'annullamento o la rescissione del quale non è più lecito agire. Abbiamo limitata questa proposizione alle sole *azioni* di nullità o di rescissione; perchè, come abbiamo già osservato, le eccezioni corrispondenti non essendo suscettibili della prescrizione stabilita dall'art. 1300 (art. 1302, § 2° cod. civile) è inconcepibile che avvenga per questa via la convalidazione dell'atto.

Così, supposto che sia un atto d'alienazione di beni immobili quello che sia stato fatto dal minore o in nome di lui nullamente, per inadempimento delle condizioni e forme abilitanti prescritte dalla legge, e supposto che i beni alienati non siano stati consegnati all'acquirente, e questi convenga in giudizio il minore divenuto maggiorenne per la esecuzione del contratto, egli potrà *in qualunque tempo* eccepire la nullità del contratto medesimo, senza che possa essergli opposta la disposizione dell'art. 1300; nè quindi potrà mai reputarsi convalidata a suo danno per via di prescrizione l'alienazione nulla.

Ma se il contratto sia già stato eseguito, i beni venduti

siano stati consegnati all'acquirente, ed il minore divenuto maggiorenne si renda attore in giudizio contro costui per la restituzione di quei beni, domandando la dichiarazione di nullità dell'atto di alienazione, il convenuto potrà giovarsi della disposizione dell'art. 1300 del codice civile, e se al tempo dell'introduzione dell'azione in giudizio siano già trascorsi cinque anni dal giorno della maggiore età dell'attore, l'azione dovrà essere rigettata, siccome estinta per prescrizione, e l'atto di alienazione non più impugnabile rimarrà quindi convalidato per tutti gli effetti di diritto, come se fosse stato formato fin da principio in perfetta conformità della legge.

Da ciò risulta dunque un punto di contatto, che pure altra volta avvertimmo, tra la prescrizione e la conferma tacita (1): in quanto che veramente, col trascurare d'esercitare l'azione di nullità entro il tempo prefisso dalla legge, la parte rende per proprio fatto improponibili i vizi che producevano quella nullità, dà luogo così a doversi riguardar l'atto come valido e pienamente efficace sin dalla sua origine, e quindi viene indirettamente a convalidare l'atto medesimo, riconoscendo implicitamente colla inazione che non sussistano legalmente cause sufficienti per produrre la nullità, o dimostrando almeno l'animo di rinunziarvi.

L'analogia, in questa parte, fra la conferma e la breve prescrizione estintiva delle azioni di nullità, si rivela pertanto anche nella retroattività degli effetti: imperocchè tanto la conferma quanto la prescrizione hanno appunto questo effetto, di togliere alla parte il diritto d'invocare i mezzi di nullità o di rescissione che avrebbe potuto far valere contro l'atto, e di render questo inoppugnabile come se fin dall'origine non fosse stato infetto di vizio alcuno. Diciamo però che in questo stesso particolare rapporto, avvi analogia, non perfetta identità tra la conferma e la

---

(1) V. sopra, n. 105, p. 699.

prescrizione. Quanto alla prima abbiamo visto infatti, nel numero precedente, che la retroattività di effetti della conferma è operativa soltanto nei rapporti delle parti contraenti, ma *non è opponibile ai terzi*, secondo l'espressa disposizione dell'art. 1309, § 3° cod. civile. Ma questa è regola particolare, limitata appunto alla conferma, non estendibile alla prescrizione. Quando l'azione di nullità è estinta pel decorso del tempo stabilito dall'art. 1300 del codice civile, è estinta per tutti; tanto per le parti che pei loro successori od aventi causa, e *nessuno potrebbe più agire in nullità dell'atto*. I terzi, che abbiano acquistati diritti sui beni formanti oggetto dell'atto nullo, possono soltanto difendere tali loro diritti mediante l'eccezione di nullità, la quale non è suscettibile di prescrizione (art. 1302, § 2° cod. civile).

CAPO IV.

Dell'applicazione delle leggi.

Sommario. — 126. L'applicazione delle leggi è funzione essenzialmente distinta da quella del potere legislativo. — 127. L'autorità giudiziaria non può proferire decisioni fuorchè su controversie della cui cognizione sia legittimamente investita, e nei limiti risultanti dal quasi-contratto giudiziale; ma non può in questi casi, ed entro questi limiti, esimersi per qualsiasi causa dal pronunciare. — 128. L'autorità giudiziaria non può emanare disposizioni generali in occasione delle controversie sottoposte alla sua decisione. — 129. L'autorità giudiziaria non può pronunciare decisioni riferibili a controversie future, statuendo sovra rapporti giuridici non ancora nati.

126. Le leggi, essendo regole obbligatorie, che l'autorità competente secondo la costituzione politica dello Stato impone per l'interesse pubblico alla generalità dei cittadini circa le loro azioni ed i loro rapporti reciproci, non conseguirebbero lo scopo pel quale sono stabilite se mancassero i mezzi per applicare le loro sanzioni a coloro che violandole commettano reati, per costringere i rilut-

tanti a subire l'esercizio dei diritti ed a soddisfare le obbligazioni che dalle disposizioni delle leggi stesse derivano, per risolvere le controversie che insorgono intorno ai diritti ed alle obbligazioni medesime in dipendenza di quelle disposizioni.

Nella società civile è quindi indispensabile l'esistenza di un potere che abbia la missione di applicare le leggi; missione essenzialmente distinta da quella del potere legislativo. Sono infatti evidenti e fondamentali le differenze tra l'uno e l'altro ufficio.

Il legislatore detta i suoi precetti o le sue proibizioni col solo scopo degl'interessi generali della società. Esso non ha da preoccuparsi degl'interessi meramente privati di singole persone, e facendolo uscirebbe dalla sfera delle attribuzioni sue. Stabilisce bensì le norme, a cui debbono conformarsi le azioni dei cittadini anche nei rapporti privati fra loro; ma ciò sempre per le esigenze dell'ordine pubblico, a conseguire il quale è necessario che anche le relazioni puramente private tra cittadini siano regolate secondo giustizia, ed essi se la trovino fatta dalla legge, per non essere spinti a procurarsela colla violenza; e sempre conformandosi, non agl'interessi individuali di singole persone, ma a quelli comuni a tutti, e tutti ugualmente assoggettando alle medesime norme imperative o proibitive. Il legislatore poi procede d'iniziativa propria, secondochè l'interesse della società glielo consigli; e può sempre, per sopravvenute esigenze di questo stesso interesse, abrogare o modificare le leggi già emanate, od aggiungervi nuove disposizioni.

All'opposto l'autorità, alla quale è affidata l'applicazione delle leggi, non ha da preoccuparsi dell'interesse generale della società; ma deve pronunciare le sue decisioni sulle controversie che le sono proposte dai singoli contendenti, applicando appunto ai fatti particolari, ed ai rapporti giuridici che formano oggetto di contestazione, le norme che il legislatore ha stabilite, quali esse sono, senza arrogarsi

di giudicare se queste siano giuste od ingiuste, conformi o no all'interesse pubblico, e senta credersi dispensata dal seguirle, perchè nel caso specifico le sembrino conducenti ad una risoluzione non equa. Operando altrimenti usurperebbe le funzioni del legislatore; e ammettendo che lo potesse, si aprirebbe il più largo campo all'arbitrio, e si sovvertirebbe ogni ordine nella divisione dei poteri in società. L'autorità predetta non può d'altra parte agire d'iniziativa propria, ma solo quando ed in quanto sia investita della cognizione d'una causa dai privati contendenti. E gli effetti delle sue pronunzie non sono mai generali, ma anzi limitati sempre esclusivamente alle parti che furono in lite, per l'oggetto che cadde in contestazione, e per quella causa della domanda che venne addotta; in guisa che nessuno stato potrebbe fare la decisione proferita, sia in favore sia a danno d'altre persone, che non essendo state parti in giudizio, non avessero potuto far valere i loro diritti o le loro difese, nè per una istanza di cui fosse diverso l'oggetto, o diversa la causa sulla quale venisse fondata. In fine l'autorità giudicante non può rivenire sulle decisioni proferite; le quali sono bensì soggette a mezzi ordinari e straordinari di ricorso, determinati dalla legge, ma esauriti quelli, esse divengono irretrattabili, e rappresentano, per presunzione legale assoluta, la verità in quel determinato rapporto che formò oggetto di controversia.

Sono dunque, come dicevamo, manifestamente e profondamente diverse, sì nei caratteri che negli effetti, le funzioni del fare e dell'applicare le leggi; e da ciò si giustifica che quest'ultimo ufficio debba spettare ad un potere diverso dal legislativo.

" Se la podestà di giudicare — diceva *Montesquieu* —
" fosse unito alla podestà legislativa, non vi sarebbe più
" libertà, e il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini
" diverrebbe arbitrario „.

Ed è chiaro, perchè sebbene chi fa le leggi potesse, a

primo aspetto, sembrare anzi più adatto ad applicarle rettamente in tutta la purezza e l'ampiezza del loro spirito, di fatto però accadrebbe spesso il contrario; massimamente in un corpo legislativo periodicamente rinnovato, nella maggioranza del quale potrebbero quindi prevalere dopo idee e propositi diversi da quelli che motivarono l'emanazione d'una legge, sicchè a questi nuovi concetti e sentimenti si conformasse più facilmente l'applicazione che si facesse di quella legge, sebbene lasciata sussistere; mentre poi l'onnipotenza stessa del corpo legislativo escluderebbe la guarentia di quei freni a cui è sottoposta l'azione di un'altra autorità giudicante, obbligata ad applicare le leggi esistenti, quali sono, senza potersi arrogare di temperarne gli effetti a seconda delle convinzioni e dei sentimenti propri, e soggetta al sindacato di quei mezzi di ricorso a cui la legge dà luogo contro le sentenze proferite.

D'altra parte neppur sarebbe stata d'ammettersi l'attribuzione di giudicare al potere esecutivo, che esercitando direttamente la funzione di applicare le leggi ai casi particolari in cui si verificassero controversie, potrebbe farsene uno strumento d'oppressione.

Da ciò è derivato il principio costituzionale, secondo cui la giustizia emanando dal Capo Supremo dello Stato, è però amministrata in nome di Lui da giudici ch'Egli nomina, e che nondimeno sono autorità indipendenti, per virtù dell'*inamovibilità* che è loro conceduta.

127. L'autorità giudiziaria non può pronunciare che su quelle controversie della cui cognizione sia legalmente investita nei limiti della sua competenza. È questa una conseguenza naturale e necessaria della istituzione stessa del potere giudiziario; la cui missione è distinta del pari da quelle del potere legislativo e del potere esecutivo, inquantochè non ha per iscopo nè la statuizione nè l'esecuzione di regole generali di diritto, ma unicamente la loro applicazione ai singoli casi particolari, in quanto ciò occorra

per determinare, secondo quelle regole stabilite dall'autorità competente, i rapporti controversi tra privati contendenti, e far conseguire agli uni l'attuazione dei loro diritti, costringere gli altri all'adempimento delle loro obbligazioni.

La domanda proposta dall'attore, le eccezioni opposte dal convenuto, costituiscono pertanto il fondamento e il limite ad un tempo del potere dell'autorità giudiziaria in ciascuna controversia che le è sottoposta; la domanda, che rappresenta il mezzo col quale il privato, autorizzatovi dalla legge, reclama o persegue in via di giustizia contenziosa ciò che gli appartiene, o ciò che gli è dovuto; l'eccezione, che è un mezzo di difesa indiretta, col quale il convenuto, senza contestare veramente nè l'esistenza dei fatti giuridici allegati dall'attore, nè l'esattezza dei principii di diritto da lui invocati, oppone a quelli altri fatti ed altri principii, che eliderebbero gli effetti dei primi; ond'è che essendo identici gli elementi costitutivi sì della domanda che della eccezione, ne fu tratta la massima che " *Reus excipiendo fit actor* „.

Le domande e le eccezioni, concretate in ultimo nelle *conclusioni*, che le parti prendono davanti l'autorità giudicante, formano in tal modo i termini di quello che dicesi *contratto*, o *quasi-contratto giudiziale*, mediante cui le parti sono reputate accordarsi intorno alla controversia che viene sottoposta per la decisione all'autorità investita. E questa specie di convenzione, la quale, secondo i principii comuni a tutte le altre, limita gli effetti suoi alle parti fra cui interviene, all'oggetto particolare ed alla causa specifica della lite, segna pertanto i confini entro cui deve contenersi la pronunzia che i giudici sono chiamati a proferire.

Se però da un lato questi limiti non debbono essere sorpassati nella decisione dell'autorità giudiziaria, dall'altro essa deve esaurire le conclusioni delle parti, risolvendo i punti di fatto e di diritto proposti sì nella domanda che nelle eccezioni. Altrimenti non sarebbe soddisfatto lo scopo pel quale fu attribuito a quell'autorità il potere di giudicare; e negato ai privati il mezzo per far risolvere in modo le-

galmente obbligatorio ed efficace pei loro avversari le controversie che si verificassero nelle relazioni rispettive, sarebbero essi indotti a rendersi ragione per l'esercizio dei creduti loro diritti coll'arbitrio, colla violenza, con tutti i trasmodamenti delle passioni, e si porterebbe nella società il più funesto disordine.

Da ciò il principio che i giudici legalmente investiti della cognizione di una causa, debbano su di essa pronunciare la loro decisione; incorrendo, qualora vi si rifiutino, nel reato di negata giustizia, qualunque sia il pretesto che adducano, anche di silenzio, oscurità, contraddizione o insufficienza della legge.

Il codice francese ed il napoletano avevano una disposizione (art. 4) in cui era dichiarato: " Se un giudice " ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità " o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come " colpevole di negata giustizia ".

Una disposizione simile non fu posta tra quelle che vennero premesse al codice civile italiano. Tuttavia quel principio non è meno osservato nella nostra legislazione, come risulta dall'art. 783, n. 2° del codice di procedura civile, che annovera tra i casi di responsabilità civile delle autorità giudiziarie quello di " *rifiuto a provvedere sulle domande delle parti* " e dall'art. 235 del codice penale, che colpisce come denegazione di giustizia il *rifiuto di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità, contraddizione od insufficienza della legge*. Tutto ciò, ben s'intende, si riferisce al deliberato rifiuto di pronunciare sulla controversia, per la risoluzione della quale il giudice reputi di non trovare elementi sufficienti nelle disposizioni della legge; non riguarda l'*omissione di pronunciare su qualche capo della domanda*, omissione che dipenda da un'inavvertenza, o da un errore riparabile coi mezzi di ricorso ordinari e straordinari conceduti dalla legge (art. 517, n. 6° cod. proc. civ.).

Vi è un'opinione, secondo la quale basterebbe, per dover ritenere che il giudice avesse soddisfatto il proprio obbligo,

e per esimerlo quindi da qualunque responsabilità, sia penale, sia civile, ch'egli avesse pronunciata sentenza di assoluzione in favore del convenuto, traendone motivo dalla mancanza d'una disposizione della legge positiva, su cui la domanda dell'attore potesse fondarsi (1). Di questa opinione abbiamo già altra volta fatto cenno, dimostrando però nello stesso tempo le ragioni per le quali non la crediamo giusta (2). Il giudice, che respinge la domanda dell'attore ed assolve il convenuto, dà certamente una risposta all'istanza del primo; ma con tale risposta puramente negativa non risolve il punto di diritto controverso fra le parti; mentre chi adisce l'autorità giudiziaria ha ragione d'esigere ch'essa pronunci determinando a norma di giustizia il rapporto giuridico contestato. Dichiarare infondata la domanda dell'attore, perchè non assistita, nè direttamente nè per analogia, da alcun testo di legge positiva, non è definire questo punto, determinando da qual parte stia veramente la ragione, ma è lasciarlo indeciso per mancanza di mezzi somministrati dalla legge onde risolverlo. Ora è questo che è assolutamente inamissibile. Nulla può esservi che giustifichi questo inconveniente enorme e profondamente perturbatore dell'ordine sociale, che siano avvenibili casi, per quanto rari, in cui persone, alle quali veramente competano dei diritti, non trovino nelle istituzioni della società civile i mezzi per attuarli, e per farsi render giustizia contro chi contesti loro quei diritti e li conculchi. D'altronde l'addurre la mancanza nelle disposizioni della legge di elementi per risolvere una controversia qualsiasi non può neppure aver fondamento. Sarà per oscurità della legge? Ma è appunto ministero dei giudici l'interpretarle quando siano oscure od ambigue. Sarà per contraddizione tra le varie disposizioni di legge? Ma è appunto ufficio dell'interprete

---

(1) Demolombe, t. I, n. 113.
(2) V. sopra, n. 5, p. 11, ss.

il conciliarle, quando sia possibile, e in ogni caso riconoscere e dichiarare quale dei testi in conflitto sia d'applicarsi al caso controverso. Sarà per *silenzio od insufficienza* delle disposizioni legislative? Ma il legislatore stesso ha provveduto, col dichiarare nell'art. 3 delle disposizioni premesse al codice civile, che " Qualora una controversia non " si possa decidere con una precisa disposizione di legge, " si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili " o materie analoghe; *ed ove il caso rimanga tuttavia dubbio " si deciderà secondo i principii generali di diritto* „. Ecco dunque come il giudice deve supplire *al silenzio od alla insufficienza* dei testi della legge, per la risoluzione d'una determinata controversia; e poichè il legislatore stesso gliene indica con questa disposizione generale il mezzo, sarebbe evidentemente infondato il motivo con cui si pretendesse giustificare la reiezione della domanda dell'attore, dicendo che la legge non porgesse gli elementi per risolvere la controversia. Che cosa poi debba intendersi per quei *principii generali di diritto*, ai quali si riferisce il predetto articolo 3 delle disposizioni preliminari, già lo accennammo nel luogo ultimamente citato, e ritorneremo sull'argomento trattando della interpretazione delle leggi.

Un illustre scrittore parlando del sistema che aveva avuto vigore in Francia sotto l'antico regime, e che consisteva nel rinviarsi talora le parti contendenti a provvedersi davanti al Re per l'interpretazione d'una legge da cui dipendesse la decisione della controversia, non che della legge 24 agosto 1790, secondo la quale i tribunali dovevano rivolgersi al Corpo legislativo ognivolta che riconoscessero necessaria l'interpretazione autentica d'una legge, segnalava i molti inconvenienti di tale sistema; tra i quali principalissimo e fondamentale era quello di dar luogo alla decisione delle contestazioni giudiziali in base a regole non conosciute dalle parti allorchè contrattarono, e colle quali non avrebbero forse consentito al contratto. Mentre però censurava da questo lato il

sistema predetto, pel quale in una lite venivasi a costituire giudice il potere legislativo; notava dall'altro come la massima opposta, che obbliga l'autorità giudiziaria a pronunciare sulle controversie, ancorchè manchino disposizioni di legge con cui definirle, rechi l'altro inconveniente di rendere legislatore il giudice; di guisa che — diceva — non erasi fatto che scegliere tra due mali il minore. Conchiudeva con queste parole: " L'art. 4 " conferisce ai tribunali un grande potere, e in certa " guisa una partecipazione nell'esercizio della potestà le- " gislativa. Ogni volta che la disposizione della legge sia " oscura ed insufficiente, la decisione del giudice ha un " carattere legislativo in questo senso, che da lui è for- " mulata la regola prima di applicarla. È vero che questa " regola ha efficacia soltanto per la causa in occasione " della quale è stabilita; ed è questo un freno salutare. " Ma se il giudice applica questa stessa regola in altri " casi portati dopo alla sua decisione, se questa regola " viene pure adottata da altri tribunali, consegue da " queste ripetute decisioni conformi una specie di con- " suetudine, che assume la forza di una regola obbliga- " toria „ (1).

Queste osservazioni però possono avere fondamento di fronte all'opinione che ammette risolversi dai giudici le controversie supplendo alla mancanza od alla insufficienza di disposizioni di legge precise od analoghe, coi principii, in genere, del diritto naturale, i quali debbano intendersi consacrati implicitamente tutti dalla legislazione positiva, o coi principii dell'equità naturale; poichè, ritenuto ciò, la decisione del giudice sarebbe dettata unicamente dalle sue convinzioni scientifiche, od ispirate dalla sua coscienza e dai suoi sentimenti individuali, senza alcuna norma positiva a cui fosse obbligato di attenersi, e la cui violazione potesse rendere censurabile la sua sentenza. Allora

(1) V. Laurent, t. I, n. 254-257.

sarebbe vero il dire che il giudice stesso creerebbe la regola per applicarla poi; e che quando questa regola venisse riaffermata da una giurisprudenza costante, assumerebbe in qualche modo un carattere obbligatorio.

Ma non sembra che altrettanto possa ripetersi rispetto alla legislazione nostra, tenuto conto della massima proclamata nell'art. 3, § 2° delle disposizioni premesse al codice civile, secondo cui la controversia, che non possa essere decisa con una precisa disposizione di legge, nè con argomenti di analogia dedotti da altre, dev'essere risolta mediante l'applicazione dei *principii generali di diritto;* qualora almeno quest'ultime parole s'intendano nel senso che abbiamo accennato, cioè di quei *principii che sono universalmente ammessi dalla scienza, nè sono soggetti a controversie che li pongono seriamente in dubbio* (1). Ritenuto ciò, è manifesto che il giudice non pronuncierà sulla controversia applicando regole create da lui, secondo le sue opinioni e la sua coscienza, ma applicando regole le quali, se non sono scritte in un testo del codice, sono impresse nella coscienza di tutti; regole ch'egli dovrà seguire, quali che possano essere le sue convinzioni individuali, e che violate esporrebbero la sua sentenza a censura.

128. Il codice francese (art. 5) e quello pel regno delle Due Sicilie (art. 13) avevano una disposizione così concepita:

“ È proibito ai giudici di pronunziare in via di disposi-
“ zione generale o di regolamento nelle cause di loro com-
“ petenza „.

Il codice Albertino esprimeva in sostanza la stessa massima nell'art. 12, ma con formola più generica. “ Le sen-
“ tenze dei magistrati non avranno mai forza di legge „.

Ma qual bisogno vi era di enunciare un principio tanto

---

(1) V. sopra, n. 5, p. 13, 17.

elementare e tanto evidente? L'autorità giudiziaria è istituita per decidere le singole controversie che le sono sottoposte, e per le quali le è attribuita dalla legge la competenza; e le sue decisioni, per essenziale loro carattere, hanno efficacia soltanto per coloro che furono parti in causa, per l'oggetto speciale che formò materia di contestazione, e per quella causa di domanda che fu proposta. Come mai sarebbe dunque supponibile, che le sentenze potessero assumere l'efficacia di *legge generale*, e contenere pronunzie, le quali non vincolassero solamente le parti, ma s'imponessero con disposizioni generali o regolamentari anche a persone che non fossero comparse nè fossero state legalmente chiamate in giudizio? Perciò, quantunque nel codice italiano, ed in altri che lo precedettero, non sia stata scritta una disposizione simile, il principio però non è meno da osservarsi come incontestabile e fondamentale.

Quanto al codice francese, l'esservi stata introdotta quella disposizione espressa si spiegava pei precedenti. Gli antichi Parlamenti in Francia usavano di emanare talvolta quelli che chiamavano *arrêts de règlement*; cioè nel pronunciare una decisione su qualsiasi materia, dichiaravano una massima, che intendevano di adottare nella risoluzione d'un dato punto di questione, alla qual massima erano quindi obbligati ad attenersi i magistrati inferiori nella giurisdizione di quel Parlamento. Avveniva così che tali decisioni si riguardassero come aventi forza di sentenza rispetto alla causa su cui erano proferite, e come aventi forza di legge per le questioni identiche o analoghe, che potessero presentarsi in quella giurisdizione; e la forza di legge traevano poi dal tacito assenso del Re, il quale poteva, come qualche volta avvenne, annullare codeste decisioni nella parte in cui si voleva attribuire loro l'efficacia obbligatoria generale; e non facendolo, veniva implicitamente ad approvarle. Del resto le decisioni stesse, anche nella parte regolamentare, potevano essere impugnate da coloro che vi avessero interesse, e i Parlamenti potevano revocarle.

Un tale sistema non poteva certamente conservarsi sotto un regime politico in cui si volesse osservata la divisione dei poteri; ma trattandosi di distruggere ciò ch'era invalso da tempo immemorabile, non si reputò superflua una dichiarazione espressa, quale appunto fu scritta nell'art. 5 del codice Napoleone.

Vi è una particolare disposizione nel nostro codice civile, dalla quale viene attribuita all'autorità giudiziaria la determinazione d'una specie di norme regolamentari; ed è quella dell'art. 544. Ivi si parla di controversie che insorgano per l'uso di acque aventi un corso naturale, tra i proprietari di fondi costeggianti che abbiano diritto a tale uso a norma del precedente art. 543, e si statuisce così: “ Sorgendo qualche controversia fra i proprietari a cui l'acqua “ può essere utile, *l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà*; ed in tutti i casi devono essere osservati “ i regolamenti particolari e locali sul corso e sull'uso delle “ acque „.

Questa conciliazione non può certamente conseguirsi se non collo stabilire norme, a cui gl'interessati debbano in futuro attenersi nell'uso delle acque; nel che pertanto può ravvisarsi un qualche carattere di disposizioni regolamentari. Diciamo *un qualche carattere*; perchè, come tutti riconoscono, non potrebbero certamente confondersi queste norme stabilite dall'autorità giudiziaria coi regolamenti amministrativi riguardanti il corso e l'uso di quelle acque. Ciò è tanto vero che lo stesso art. 544 nell'ultima sua parte riserva espressamente la piena osservanza di questi regolamenti amministrativi, vietando all'autorità giudiziaria di derogarvi colle norme che a lei spetta di statuire. Oltre a ciò è da osservarsi, che l'autorità giudiziaria neppur potrebbe dettare tutte in genere quelle regole obbligatorie, che reputasse opportune nel reciproco interesse degli utenti, salvo solo il rispetto dei regolamenti amministrativi; ma dovrebbe limitarsi a stabilire le norme riguardanti i punti

di controversia sottoposti alla sua decisione. Ciò risulta abbastanza chiaramente dai termini stessi dell'articolo, che nel conferire all'autorità giudiziaria queste attribuzioni, le riferisce espressamente alla sola definizione delle controversie insorte; ed è d'altra parte conforme al principio fondamentale, secondo cui ogni decisione giudiziaria deve limitarsi a ciò che ha formato oggetto di contestazione.

Pertanto codeste statuizioni dell'autorità giudiziaria, sebbene assumano uno speciale aspetto, sotto cui vengono considerate come *regolamentari*, sostanzialmente però hanno tutti e soli i caratteri giuridici delle sentenze, che le differenziano dai regolamenti amministrativi. Così le norme stabilite dal tribunale non sono obbligatorie per tutti generalmente gli utenti di quel corso d'acqua di cui si tratti, ma per quelli soli che abbiano partecipato alla lite, e pei loro eredi od aventi causa. D'altra parte poi il tribunale, dopo avere statuite quelle norme, non potrebbe più riformarle; e quando la sentenza avesse acquistata autorità di cosa giudicata irretrattabile, le norme stesse sarebbero obbligatorie per sempre, senza che vi fosse mezzo per farle cambiare, salvo quando si verificassero nuovi fatti, pei quali mutandosi le basi della controversia potesse riproporsi istanza all'autorità giudiziaria sotto l'aspetto d'una nuova causa di domandare.

Alcuni autori fanno l'osservazione che " i tribunali non " potrebbero rilasciare attestazioni constatanti le massime " da essi ritenute, o che sarebbero per adottare su deter- " minate questioni; perchè simili dichiarazioni, fatte fuori " d'ogni contestazione particolare, costituirebbero una vio- " lazione dell'articolo 5 del codice francese „ (1). Ed anche per noi, quantunque non abbiamo nel codice civile una disposizione corrispondente, basta l'osservare che la dichiarazione d'una massima di giurisprudenza, se fatta da un tribunale fuori di ogni particolare contestazione, come

(1) V. Demolombe, t. I, n. 110; Laurent, t. I, n. 261.

viene supposto, mancherebbe d'ogni autorità e d'ogni efficacia, non facendo parte di un atto emanato dal tribunale nell'esercizio delle sue funzioni organiche come sono determinate dalla legge; e se fatta in una sentenza, non avrebbe altro valore che di motivazione riferibile esclusivamente al caso particolare, su cui la sentenza fosse pronunciata.

129. I giudizi sono istituiti per definire controversie insorte; a differenza delle transazioni, colle quali si può tanto por fine ad una lite già incominciata, quanto prevenire una lite che possa sorgere (art. 1764 cod. civile). D'altra parte l'autorità giudiziaria non può pronunciare che sovra domande regolarmente proposte; e per poterle proporre, o contraddirvi, è necessario avere un interesse *legittimo od attuale* (articolo 36 codice proc. civ.). Dalla combinazione di tali principii risulta evidentemente l'altro, che non sia lecito ai tribunali di statuire sopra contestazioni future. Intorno a queste massime è però necessaria qualche avvertenza per intenderle rettamente e non esagerarne la estensione. A costituire l'*attualità* dell'*interesse*, che dia fondamento legittimo all'azione, non occorre già che facciasi luogo presentemente ad applicare in fatto il rapporto giuridico controverso. Basta che codesto rapporto *sia nato*, e che intorno ad esso, alla sua natura, ai suoi caratteri, ai suoi effetti, le parti contendano, perchè possa esservi interesse legittimo ed attuale ad adire la giustizia al fine di far risolvere la controversia, e determinare quali siano i diritti e le obbligazioni rispettive delle parti in dipendenza di quel rapporto giuridico già esistente; sebbene non sia ancora venuto il tempo di dare esecuzione a quei diritti, a quelle obbligazioni, od anche sebbene la loro efficacia rimanga sospesa in aspettazione d'un avvenimento futuro ed incerto. Trattasi, per es., d'una obbligazione contrattuale, a cui fu apposto un termine non ancora scaduto; ma la persona che sarebbe

soggetta a quella obbligazione, pretende di non poterne essere tenuta perchè ne sia stata illecita la causa. Questa persona ha un interesse legittimo ed attuale per poter chiedere in giudizio d'esser dichiarata libera da quella obbligazione, senz'attendere che il creditore ne richieda l'adempimento a termine scaduto. L'affermata libertà dalla obbligazione, la quale risulterebbe dal contratto, non è forse un *rapporto attuale?* D'altronde l'apparente debitore ha interesse legittimo a far riconoscere e dichiarare con giudicato l'esistenza di tale rapporto, al fine di non essere esposto alla scadenza del termine alle azioni dell'apparente creditore, il quale potrebbe anche procedere esecutivamente qualora l'atto contrattuale fosse stato ricevuto da notaio. Trattasi d'un legato, a cui fu apposta una condizione impeditiva delle nozze. Il legatario, quantunque abbia ricevuto dall'erede il possesso della cosa legata, può agire in giudizio per far dichiarare doversi *avere per non apposta* alla disposizione testamentaria quella condizione impeditiva delle nozze, a senso degli articoli 849 e 850 del codice civile. Questo rapporto giuridico, dipendente dalla disposizione della legge, e costituente la libertà del legatario a contrarre matrimonio, è incontestabilmente *attuale*, ed egli ha interesse legittimo a farne fin d'ora riconoscere l'esistenza, allo scopo di togliere ogni ostacolo a tale sua libertà per le nozze a cui volesse in qualunque tempo devenire (1). Parimente colui al quale appartenga un diritto di proprietà od ipoteca subordinato a condizione sospensiva, può agire, anche in pendenza di questa, pel riconoscimento dell'eventuale suo diritto di proprietà, o per la dichiarazione dell'ipoteca, allo scopo d'interrompere contro i terzi possessori dei beni il corso della prescrizione. Il rapporto giuridico è *attuale*, sebbene subordinato a condizione, pel caso in cui questa si verifichi, essendone allora retroattivo l'effetto; e la legittimità dell'interesse, consi-

---

(1) Aubry e Rau, t. VIII, § 746, nº 5.

stente nel rendere immune il proprio diritto dagli effetti della prescrizione, che il terzo possessore potrebbe invocare, non lascia luogo a dubbio (1).

Ma se invece si trattasse di rapporti giuridici i quali potrebbero sorgere da fatti non ancora verificati, o di rapporti relativi a diritti ed obbligazioni esistenti per legge, ma contro i quali nulla ancora fosse stato commesso che li offendesse, o di rapporti relativi a possibili pretensioni altrui, le quali però non fossero state accampate; mancando allora l'attualità del rapporto, sul quale si volesse sollevare controversia, e non essendovi quindi presentemente un interesse legittimo a ciò, non sarebbe ricevibile un'azione in giudizio, nè i tribunali potrebbero proferire sentenza su questi rapporti possibili in futuro.

Fra più successibili in diverso grado rispetto ad una persona ancora vivente, uno vorrebbe far dichiarare anticipatamente d'esser preferibile agli altri nell'ordine di successione. Evidentemente la domanda non sarebbe ricevibile, trattandosi di un diritto non ancora nato, e che solo potrebbe sorgere dal fatto del futuro aprimento della successione, sicchè intanto non vi sarebbe interesse legittimo ed attuale a promuovere una tale azione.

Un altro, proprietario di un fondo soggetto a servitù, supponendo nel proprietario del fondo dominante la intenzione di eseguire opere che renderebbero più gravosa la condizione del fondo servente, vorrebbe far pronunciare anticipatamente in giudizio la inibizione di quelle opere. Ma tale dimanda non potrebbe essere ammessa, perchè fin a quando nessun fatto sia avvenuto, da cui siano derivabili condizioni più gravose al fondo serviente, il proprietario di questo non può allegare un *interesse legittimo attuale.*

Un terzo, immaginando che un tale possa allarmare contro di lui certe pretensioni in base ad un determinato titolo, intenderebbe porlo in mora a spiegare le sue inten-

---

(1) V. Aubry e Rau, l. c., n° 6.

zioni, e far dichiarare giudizialmente infondate quelle pretensioni. Anche questa domanda sarebbe manifestamente irricevibile; nè l'autorità giudiziaria potrebbe pronunciare sul fondamento, o non, di pretensioni, le quali solo in futuro, quando venissero promosse, darebbero luogo a contestazione e giudicato, ma frattanto non costituiscono un interesse legittimo attuale su cui possa fondarsi l'azione.

Che sarebbe quando le pretensioni, di cui si volesse far dichiarare il nessun fondamento, fossero state in realtà manifestate stragiudizialmente dal convenuto? La nostra legislazione attuale non ha ammesse le *azioni provocatorie*, le quali traevano origine dalla legge *Diffamari* (5 C. *de ing. manum.*) e davano luogo a poter trarre in giudizio l'autore d'una *jattanza*, per fargli prescrivere un termine entro cui dovesse produrre i titoli ai quali appoggiasse le sue pretensioni, sotto pena, in mancanza, d'essergli imposto un perpetuo silenzio su di esse. Resta quindi soltanto l'applicazione dei principii generali, secondo cui si può sempre agire per essere rilevato dai danni che altri arrechi col fatto proprio. Se dunque non si tratti semplicemente di vane ed innocue minaccie e *jattanze*, ma queste producano un danno reale alla persona contro cui sono rivolte, sia pregiudicandone il credito, sia offendendo il pacifico possesso ch'essa ha del proprio stato personale o del proprio patrimonio, potrà risultarne giustificato l'esercizio di un'azione e la pronunzia dell'autorità giudiziaria, allo scopo di riparare all'ingiusto danno predetto. I tribunali hanno quindi in ciò occasione di esercitare quella facoltà di apprezzamento insindacabile, che loro compete nel giudicare se sussista in fatto un interesse legittimo ed attuale sufficiente per rendere ammissibile la domanda proposta.

Si è fatta questione se essendo investita l'autorità giudiziaria della cognizione d'una causa fondata sopra un fatto già verificato, possa nella decisione estendersi anche a pronunciare pel futuro; e per esempio, condannando il convenuto al risarcimento dei danni derivati da un fatto

illegittimamente compiuto da lui in pregiudizio dell'attore, accogliere le conclusioni di quest'ultimo, coll'aggiungere anche la inibizione al convenuto stesso di continuare in quel fatto, e collo statuire una penalità pel caso che la proibizione venga infranta.

Un celebre autore ha criticato la giurisprudenza della Cassazione francese, che a tale proposito ritenne spettare all'autorità giudiziaria la prima di queste facoltà, e per esempio condannando una società di strade ferrate al risarcimento dei danni per illegittimo esercizio d'un commercio, o condannando un Comune alla restituzione di dazi indebitamente percetti, potesse aggiungere la proibizione di continuare nell'esercizio di quel commercio o nella riscossione di quei dazi. Secondo lui con simile pronunzia " *si deciderebbero contestazioni non ancora nate*, si vincole- " rebbe il tribunale, che potrebbe esser chiamato a risol- " vere la questione quando in fatto avesse a sorgere, e si " violerebbe così la massima che le decisioni dei giudici " non possono estendersi all'avvenire ".

Ma lo stesso autore, esaminando poi l'altro punto relativo al potersi o no statuire nella sentenza una penalità, ha censurato alcune sentenze di Corti d'appello, le quali contrariamente alla Corte di cassazione avevano deciso negativamente. La Cassazione aveva approvata una decisione della Corte di Parigi, che vietando al convenuto di portare un nome reclamato dall'attore. aveva condannato il convenuto stesso a pagare, *a titolo di danni-interessi*, la somma di cinquanta franchi per ciascun fatto di contravvenzione, che venisse constatato. Altre Corti avevano invece giudicato non potersi condannare il contraffattore d'una invenzione privilegiata a pagare per risarcimento di danni all'inventore una determinata somma per ciascun fatto di contraffazione, di cui si rendesse colpevole in avvenire. E l'autore faceva le seguenti osservazioni:

" Se il giudice non poteva aggiungere una sanzione alle " sue proibizioni, egli non può nemmeno stabilire dei di-

" vieti per l'avvenire. Affinchè la sanzione sia illecita, bi-
" sogna che lo sia pure il divieto. Approvar questo e
" respingere la sanzione, è quanto ammettere il principio
" e rigettare la conseguenza „ (1).

Nondimeno sembra giusta la massima adottata dalla Cassazione francese quanto al potersi dai tribunali, nel pronunciare sulla illegittimità d'un fatto verificatosi a danno altrui, dichiararne espressamente il divieto per l'avvenire; e sembra d'altra parte che le Corti d'appello abbiano avuto ragione di decidere diversamente dalla Corte Suprema quanto all'altro punto del potersi statuire penalità per fatti non ancora verificati.

Qual'è veramente l'oggetto di domanda, di discussione e di decisione nelle cause in cui si disputi intorno alla illegittimità di atti compiuti da una persona nel portare un nome che altri reclama come suo, da un Comune nel riscuotere un dazio di consumo, da una Società di strade ferrate nell'esercitare una determinata speculazione? Non è altro che l'appartenenza di quel nome all'una piuttostochè all'altra persona, la legittimità o illegittimità della imposizione di quel dazio, o dell'esercizio di quel commercio; e dalla risoluzione della questione in questo aspetto dipende tanto il risolvere se gli atti già compiuti siano o no lesivi di diritti altrui, quanto lo stabilire se possano o no simili atti ripetersi in avvenire. La proibizione pel futuro è una conseguenza indeclinabile della pronunciata illegittimità di quegli atti; e sarebbe necessariamente implicita in tale pronunzia, ancorchè non le venisse espressamente aggiunta. Come si può dunque affermare che coll'aggiungerla si *decidano contestazioni non ancora nate?* La contestazione veramente nata e legittimamente portata alla cognizione del tribunale, è se quella tale persona abbia il diritto di portare quel dato nome, se quel Comune abbia il diritto d'imporre quel dazio, se quella Società abbia il diritto di

(1) V. Laurent, t. 1, n. 266, 267.

esercitare quel commercio. E il tribunale risolvendo tale contestazione in senso negativo, non fa poi che trarne le conseguenze logiche inevitabili, dichiarando che quei fatti furono illegittimamente compiuti pel passato, nè possono rinnovarsi per l'avvenire col danno della parte attrice. Che cosa dunque può esservi in ciò, che ecceda i legittimi poteri dell'autorità giudicante? È vero bensì che passata in giudicato questa sentenza, non potrebbero altri tribunali giudicare diversamente sui fatti che poi si verificassero contrariamente alla sentenza stessa; ma ciò non è un'anomalìa, bensì un'applicazione semplice e giusta dei principii comuni sulla cosa giudicata, posto che la sentenza proferita abbia potuto e dovuto decidere sulla legittimità o illegittimità di quei fatti; e l'argomento dedotto dal vincolo che ne deriva al giudizio d'altri tribunali, che potessero in seguito esser chiamati a pronunciare sulla stessa questione, non è altro evidentemente che una petizione di principio.

La conclusione pertanto, colla quale si vorrebbe trovar violata dalla giurisprudenza della cassazione francese la massima che le decisioni dei giudici non possano estendersi all'avvenire, non ci sembra ben fondata.

Ma si sostiene poi che ritenuta la facoltà nel tribunale di pronunciare proibizioni pel futuro, dovrebbe anche ammettersi per logica conseguenza la legalità della sanzione penale, che fosse stabilita pei casi di contravvenzione. Di ciò veramente, non ostante la grande autorità della Cassazione francese, ci sembra lecito dubitare. Certo è che ai tribunali debbono spettare le facoltà necessarie per provvedere ad assicurar l'esecuzione dei loro giudicati, non esclusa la sanzione consistente nel pagamento di somme a titolo di pena. Ma è il caso veramente questo di poter invocare un tale principio? Si tratta di sentenze colle quali fu dichiarata la illegittimità di dati fatti arrecanti danno ad altri, e fu quindi riconosciuto il diritto del danneggiato al risarcimento pei fatti già verificatisi, e pronunciato

il divieto di simili fatti per l'avvenire. Qual bisogno può esservi di statuire una speciale sanzione, pel caso che il divieto venga poi infranto? La sanzione vi è già nello stesso risarcimento dei danni, in cui incorrerebbe la parte se violasse le statuizioni del giudicato; e difatti a titolo appunto d'indennità a favore della parte vincente, non di vera sanzione penale, sarebbero stabilite le somme che si ordinerebbe doversi pagare per ciascuna contravvenzione. Tutto dunque si ridurrebbe veramente ad un'anticipata determinazione del risarcimento, che sarebbe dovuto per ciascuno dei fatti lesivi del diritto della parte attrice, che venissero commessi in avvenire. Ora è ciò regolare, è conforme ai principii? I fatti futuri, che possono dar luogo ad un risarcimento di danni, debbono necessariamente formare oggetto d'una nuova domanda; e spetta al tribunale, davanti a cui questa sarà portata, l'accertare l'esistenza di questi fatti, l'apprezzarne l'importanza, e l'entità del danno che n'è derivato, e il determinare conseguentemente l'ammontare del risarcimento dovuto. Con questi, che sono i principii elementari comuni, mal può accordarsi la determinazione anticipata della indennità, stabilita da altro tribunale, rimanendo a quello, davanti a cui sarà portata la domanda per l'applicazione della indennità stessa, il solo ufficio di riconoscere e dichiarare esistenti i fatti contemplati dalla sentenza anteriore.

CAPO V.

Dell'interpretazione delle leggi.

Sommario. — 130. Principii generali relativi alla interpretazione delle leggi. — 131. Distinzioni ammissibili circa la interpretazione delle leggi. — 132. Interpretazione autentica. — 133. Principii generali stabiliti nell'art. 3° delle disposizioni premesse al codice civile, circa la interpretazione delle leggi. — 134. Regole della interpretazione grammaticale. — 135. Regole della interpretazione logica. — 136. Speciali regole delle interpretazioni estensiva e restrittiva. — 137. Norme deducibili da una

disposizione di legge, per regolare casi che in essa non siano direttamente compresi.

130. L'interpretazione delle leggi non è altro che la determinazione del vero loro senso, e come insegnò il *Savigny, la ricostruzione del pensiero del legislatore.*

Ciò suppone naturalmente che il testo della legge, considerato nel suo complesso e confrontato nelle varie sue parti, non che colle altre disposizioni che vi siano connesse, e vivificato dai motivi che ispirarono il legislatore, dallo scopo della disposizione, e dai precedenti della istituzione a cui riguarda, possa tuttavia lasciar luogo a qualche oscurità od ambiguità.

Se la legge è chiara, se non dà luogo ad alcun dubbio circa i rapporti che contempla, l'estensione delle norme che contiene, gli effetti della loro applicazione, non vi è nè bisogno, nè possibilità d'interpretarla. Una dichiarazione del senso della legge conforme al testo sarebbe inutile; una dichiarazione diversa sarebbe arbitraria e lesiva del potere del legislatore. " *Meminisse debet judex, ne aliter* " *judicet, quam legibus proditum est* „ (Inst. *de off. jud.* 4, 17). Certo è che nell'intendere ed applicare una legge non si deve fermarsi al solo senso materiale delle parole in cui è concepita. Esse possono qualche volta non corrispondere alla intenzione del legislatore, ed è la volontà di lui, non la formola letterale con cui l'ha manifestata, che devesi rispettare ed osservare. " *Scire leges non hoc est, verba* " *earum tenere, sed vim ac potestatem* „ (L. 17, ff. *de legibus*). Però, siccome è appunto colle parole in cui l'ha formulata che il legislatore ha inteso d'esprimere la sua volontà, così non può essere che in casi ben rari, nei quali risulti manifesta la discordanza tra le parole e il pensiero, che siavi luogo ad allontanarsi da quelle per seguir questo. Arrogandosi una maggiore ampiezza d'indagini, e di fronte ad un testo chiaro di legge, non contraddetto da altri, nè dalla intenzione in diverso modo manifestata dal legislatore, e che perciò non lasci luogo ad alcuna oscurità, in-

certezza, ambiguità, permettendosi di scrutare quali teoricamente siano da reputarsi i veri motivi giustificanti la disposizione, e se con quelli concordi o meno il senso letterale di questa, l'interprete si condurrebbe facilmente a sostituire a ciò che il legislatore ha voluto, ciò ch'egli opina che avrebbe dovuto volere, sovrapponendo così il giudizio proprio alla legge, a cui deve soltanto obbedire. Non sapremmo in questo argomento dir di meglio che ripetendo le parole colle quali un illustre giureconsulto ha chiuso un lungo suo discorso diretto ad inculcare il rispetto dovuto alle parole della legge.

" Può accadere — egli disse — che la lettera, sebbene " chiara, non esprima il vero pensiero del legislatore. Se " ciò sarà provato, certamente lo spirito dovrà prevalere " sul testo. Ma bisogna che sia provato, non essendo certamente probabile che il legislatore, non ostante che " abbia parlato chiaro, abbia però detto il contrario di ciò " che voleva. Se ciò potrà verificarsi, non sarà che per " una rara eccezione; ed anche allora la lettera dovrà cedere allo spirito. Ma l'eccezione conferma la regola; la " quale è dunque che la lettera chiara s'identifica collo " spirito della legge " (1).

Egli aveva detto però in altro luogo essere " una falsa " idea che si forma della interpretazione, credendo che non " bisogni ricorrervi, se non quando le leggi siano oscure o " insufficienti..... l'interpretazione essere sempre necessaria..... e bastare un momento di riflessione sulla essenza " delle leggi, per doversi convincere che tale necessità risulta meno dalla loro oscurità o dalla loro insufficienza, " che dalla loro natura " (2).

A tali osservazioni non può negarsi un aspetto di verità in questo senso, che l'applicazione della legge ai casi particolari richiedendo l'adattamento delle norme legislative

(1) V. Laurent, t. I, n. 273.
(2) V. Laurent, t. I, n. 269.

alle circostanze peculiari dei fatti, rende sempre necessario lo studio dei rapporti tra quei fatti e le varie disposizioni della legge, per scernere quali fra esse debbano servire alla risoluzione della controversia. Ciò però non riguarda veramente la determinazione del pensiero del legislatore, che manifestato in disposizioni chiare, non ha bisogno d'essere interpretato, e si rivela dalla formula stessa in cui è espresso; ma riguarda la pura e semplice applicazione dell'una o dell'altra di quelle disposizioni. Quando, per esempio, si dichiara nullo un testamento olografo perchè non sottoscritto di mano del testatore, nulla una donazione perchè non fatta per atto pubblico, nulla una vendita d'immobili perchè non fatta per atto pubblico, nè per scrittura privata, non è una interpretazione ma una semplice applicazione, che si fa degli art. 775 e 804, 1056 e 1314 del cod. civile.

Del resto, molti più sono certamente i casi, nei quali l'applicazione delle disposizioni di legge ai fatti particolari ha bisogno d'essere preceduta dalla interpretazione di esse. Ed è in ciò che si affaticano senza posa scrittori e magistrati, in ciò che si compendiano tutte le difficoltà della scienza del diritto positivo, richiedendosi in servigio della interpretazione molteplici elementi: l'esame dei testi, e il raffronto d'altri coi quali abbiano connessione, lo studio dello spirito generale della legislazione, e dei motivi particolari e dello scopo di quelle disposizioni che si tratta d'interpretare, il richiamo alle fonti da cui furono tratte, il confronto colle leggi anteriori, il sussidio dei lavori preparatorii e delle discussioni, delle teorie e della giurisprudenza.

131. Il carattere della interpretazione delle leggi è sempre identico, qualunque sia la fonte da cui emani, qualunque sia il mezzo con cui vi si proceda. Consistendo unicamente nella determinazione del vero senso della legge, della vera volontà del legislatore, l'interpretazione è in ogni caso essenzialmente e semplicemente *dichiarativa*.

Siccome però essa è opera dei giureconsulti, che si occupano di spiegare le leggi, dei magistrati, che per ufficio loro debbono applicarle, e talvolta del legislatore stesso, che per circostanze speciali riconosca opportuno di dichiarare il senso in cui debba essere intesa ed applicata una legge precedentemente emanata; così sotto questo rapporto si è fatto luogo a qualche distinzione.

Considerano alcuni l'interpretazione delle leggi come *pubblica* o come *privata*. E comprendono nella *pubblica* la *legislativa* e la *giudiziale;* la *legislativa* in lato senso, quella cioè che emani dallo stesso potere legislativo, o da un'autorità costituzionalmente investita del potere d'interpretare le leggi in modo generalmente obbligatorio; la *giudiziale*, che emana dall'autorità giudiziaria. Dicono poi *interpretazione privata* quella che è data alle leggi dai giureconsulti (1).

Altri distinguono l'interpretazione *dottrinale* e l'*autentica;* abbracciando colla prima denominazione tanto la *privata*, che procede dai giureconsulti, quanto la *giudiziale;* e riservando il nome d'*interpretazione autentica* a quella sola ch'è fatta dal legislatore (2).

Tanto nell'una quanto nell'altra di queste distinzioni vi è infatti un fondamento di verità. Da un lato sia l'interpretazione legislativa che la giudiziale procedono da un'autorità pubblica, mentre non è così di quella che è opera dei giureconsulti; dall'altro sì la interpretazione giudiziale che la privata si fanno *per via di dottrina*, mentre la legislativa riconosce la sua forza dall'autorità suprema del legislatore.

Tuttavia, poichè, come osserveremo fra poco, l'interpretazione legislativa e la giudiziale da una parte, l'interpretazione giudiziale e la privata dall'altra, differiscono profondamente tra loro, e specialmente quanto agli effetti

---

(1) Aubry e Rau, t. I, § 38.
(2) Laurent, t. I, n. 271.

che producono: ci sembra quindi preferibile per la maggiore chiarezza distinguere l'interpretazione, pel riguardo delle fonti da cui emana, in *legislativa* od *autentica*, *giudiziaria* od *usuale*, *privata* o *dottrinale* (1).

L'*interpretazione autentica* procede dallo stesso potere legislativo; e perciò ha bensì essa pure il carattere puramente dichiarativo in ordine alla determinazione del senso della legge interpretata, colla quale viene così ad identificarsi; ma nel medesimo tempo mantiene il carattere d'atto legislativo, in quanto rende obbligatoria per tutti l'osservanza e l'applicazione della legge interpretata nel senso che le viene così attribuito (2).

Dal solo potere legislativo abbiamo detto procedere l'interpretazione autentica, com'è dichiarato espressamente nell'art. 73 dello Statuto fondamentale del regno; non avendo quindi alcuna applicazione presso noi ciò che riferimmo essere ritenuto da alcuni autori francesi, che cioè l'interpretazione autentica possa farsi anche *da un'autorità costituzionalmente investita del diritto d'interpretare le leggi in modo generalmente obbligatorio*. Lo stesso potere esecutivo non ha, secondo la costituzione nostra, questa facoltà. E se in un regolamento per l'esecuzione d'una legge fosse data a qualche disposizione di essa una interpretazione non giusta, questa non potrebbe avere efficacia obbligatoria, e le stesse disposizioni regolamentari, che se ne fossero fatte dipendere, rimarrebbero senza effetto.

Da quanto dicemmo emerge adunque una differenza essenziale della interpretazione autentica rispetto alle altre, quanto agli effetti che ne derivano: poichè quella sola ha virtù obbligatoria generale, sicchè la legge interpretata dev'essere osservata da tutti i cittadini, applicata da tutti i magistrati nel senso che il legislatore le attribuì nel nuovo suo atto interpretativo, nè i giureconsulti possono più esi-

---

(1) V. Demolombe, t. I, 117.
(2) V. sopra, n. 10, p. 37 e seg.

mersi dal seguire nelle loro dottrine di diritto positivo quella interpretazione. Ma un'altra differenza può ancora riscontrarsi relativamente al procedimento con cui si giunge all'interpretazione; giacchè il magistrato, ed anche il semplice giureconsulto, devono seguire certe norme, dalle quali è ragionevole certamente che neppure il legislatore si allontani allorchè non fa una legge nuova e vuole invece limitarsi alla semplice interpretazione d'una anteriore; ma l'onnipotenza del potere legislativo non permetterebbe di sottrarsi agli effetti della legge interpretativa, quand'anche vi apparisse chiaro l'oblio dei principii più elementari, e fosse evidente che la legge interpretata aveva in origine un senso assolutamente diverso da quello che le venne poi attribuito.

L'*interpretazione usuale* procede dalle autorità, a cui secondo il diritto pubblico dello Stato spetta di applicare le leggi; quindi dalla competente autorità amministrativa per ciò che riguarda le leggi di quest'ordine; dall'autorità giudiziaria per quanto concerne le leggi di diritto civile. È in quest'ultimo senso che tale interpretazione assume la speciale denominazione di *giudiziale*. L'interpretazione usuale produce essa pure effetti obbligatori; se non che questi, lungi d'avere un carattere di generalità, sono invece limitati a quel caso particolare per cui si fece luogo all'applicazione della legge; e l'interpretazione giudiziale specialmente restringe i suoi effetti a quel determinato oggetto di contestazione, per le sole parti che furono in lite, e per le cause di domanda che furono proposte. Oltre a ciò l'interpretazione usuale ha o può avere un valore *dottrinale*, apprezzabile in ragione della verità ed importanza scientifica degli argomenti su cui si è fondata. Nel che trovasi in pari condizioni della *interpretazione privata;* la quale però non ha nè potrebbe avere alcuna forza obbligatoria.

In considerazione dei mezzi coi quali l'interpretazione si consegue, essa dividesi ancora in *grammaticale*, *logica* e *storica;* grammaticale, in quanto ha per oggetto la determi-

nazione del significato delle parole adoperate dal legislatore per esprimere il proprio pensiero; *logica*, in quanto ha per oggetto l'analisi del concetto del legislatore stesso, ispirandosi allo spirito della disposizione, ai motivi pei quali fu dettata; *storica*, in quanto ha per oggetto lo stato del diritto al tempo in cui venne emanata la legge. Quest'ultimo mezzo d'interpretazione rientra veramente nel secondo, e tutti tre insieme concorrono a costituire quel complesso di operazioni, colle quali si può ottenere una razionale interpretazione della legge, senzachè possa dirsi veramente che siano altrettante specie diverse d'interpretazione. Tuttavia non è da dirsi affatto inutile questa distinzione, che serve a porre in rilievo i principali mezzi a cui deve ricorrere chi abbia ad interpretare una legge.

L'interpretazione logica si suddivide poi, in relazione agli effetti derivanti dalla determinazione che col mezzo di essa si ottiene del vero concetto giuridico d'una disposizione di legge, in *dichiarativa*, *estensiva* e *restrittiva*. È *dichiarativa*, se non fa che spiegare semplicemente il concetto della legge, il quale presenti in sè qualche oscurità od ambiguità. È *estensiva*, se con essa si dimostra applicabile la disposizione interpretata a casi che non sarebbero compresi nelle parole in cui è formulata. È *restrittiva* se ne risulta doversi sottrarre all'applicazione della legge qualche caso che cadrebbe sotto la disposizione letterale di essa.

In questo senso speciale, che si riferisce unicamente al confronto tra quello che della disposizione di legge apparirebbe dalla sua formola letterale, e quello che risulta esserne il vero senso in seguito ad una retta interpretazione, codesta distinzione ha un fondamento di verità; mentre invece avendo riguardo unicamente al carattere della interpretazione, bisogna ritenere, come già notammo, che qualunque ne sia la specie, essa è sempre essenzialmente *dichiarativa*, nè all'interprete può essere lecito mai di estendere nè di restringere la comprensione della legge,

perchè facendo l'una o l'altra cosa usurperebbe le veci del legislatore.

132. In un luogo, che abbiamo avuto occasione di ricordare nel numero precedente, trattammo già della grave questione che si è sollevata intorno all'essere o no ammissibile, nel sistema costituzionale da cui siano retti, che si facciano *leggi puramente interpretative* d'altre anteriori. E dimostrammo come la possibilità di tali leggi non sia da escludersi, quantunque sia conveniente, e di fatto avvenga, che ne siano rarissimi i casi; quelli soli, cioè, nei quali per oscurità, ambiguità, inesattezza o incompletezza di date disposizioni di legge, l'applicazione di esse dia luogo a tale incertezza di giurisprudenza e contrarietà di decisioni, da produrre grave danno pubblico per moltiplicazione di liti, e per difetto di sicurezza nella trattazione degli affari (1).

Ritorniamo ora su questo argomento unicamente per segnalare alcuni principii fondamentali della interpretazione legislativa, quale è possibile presso noi.

Un primo canone indubitabile è che nel diritto nostro non si verifica alcun caso d'*interpretazione autentica obbligatoria*.

Non fu sempre così in Francia. La legge del 16-24 agosto 1790, vietando ai tribunali di pronunciare in via di disposizioni regolamentari, ingiungeva loro di rivolgersi al Corpo legislativo ogni volta che riconoscessero la necessità d'interpretare una legge. La Costituzione dell'anno III, seguendo gli stessi principii, statuì che rendendosi necessaria l'interpretazione d'una legge, *anche per la risoluzione d'un caso particolare* — per esempio, quando, dopo un arresto di cassazione, la seconda sentenza di merito riuscisse conforme alla prima — la questione dovesse essere sottoposta al Corpo legislativo, e da questo dovesse emanare una *legge interpretativa*, alla quale i tribunali sarebbero obbli-

(1) V. sopra, n. 10, p. 38-44.

gati di conformarsi. La Costituzione dell'anno VIII lasciò il potere d'interpretare le leggi al Corpo legislativo, a cui d'iniziativa del governo, quando lo reputasse necessario, veniva presentato un progetto di legge interpretativa. Colla legge poi del 16 settembre 1807 fu stabilito farsi luogo ad interpretazione autentica qualora la Corte di cassazione avesse annullate due decisioni proferite in ultima istanza sul medesimo affare e fra le stesse parti, e che fossero state impugnate coi medesimi mezzi; l'interpretazione autentica darsi *dal Governo* sul parere del Consiglio di Stato, nella forma dei regolamenti d'amministrazione pubblica. Colla legge del 30 luglio 1828 venne restituita al potere legislativo l'attribuzione d'interpretare le leggi. Finalmente la legge del 1° aprile 1837 determinò, che dopo un secondo arresto di cassazione, la Corte o Tribunale di rinvio dovesse conformarsi alla decisione della Cassazione sul punto di diritto da essa ritenuto; ma ommise qualunque accenno di proposta da farsi al potere legislativo per l'interpretazione di leggi; e l'*interpretazione autentica* divenne così meramente *facoltativa*. Il sistema di questa interpretazione resa *obbligatoria*, com'era secondo le citate leggi anteriori, aveva infatti dato luogo a gravi obbiezioni. Promossa in occasione di una lite e per la risoluzione di essa, quella interpretazione trasformava in giudice il legislatore; cagionava una sospensione nel corso della giustizia, dovendosi attendere per la decisione d'una controversia l'emanazione d'una legge interpretativa; in caso di disaccordo fra i rami del potere legislativo poteva accadere che, nella impossibilità di ottenere l'interpretazione autentica, la causa rimanesse indecisa. Queste considerazioni giustificano fino all'evidenza il principio, del quale non può dubitarsi nello stato del diritto nostro, che non vi è caso mai d'interpretazione autentica obbligatoria; mentre anzi raramente soltanto si può far luogo all'interpretazione autentica facoltativa.

Altro canone del pari indubitabile ed evidente è questo;

che verificandosi il caso d'una interpretazione autentica, essa non può avere che quell'effetto di obbligatorietà generale, che è proprio di tutti gli atti del potere legislativo; ma non si potrebbe mai attribuirle quello speciale di decisione d'una determinata controversia, ancorchè fosse essa che avesse data occasione all'atto interpretativo. Non è conciliabile coi principii costituzionali che il legislatore possa trasformarsi in giudice; e l'avere ammesso il contrario era, come pure sopra notammo, il più grave rimprovero che erasi meritato il sistema francese della interpretazione autentica obbligatoria. Le singole contestazioni private non possono essere decise che dai giudici all'uopo istituiti; e la legge ha provveduto abbastanza acciocchè alle liti possa in ogni caso porsi fine coll'opera della sola autorità giudiziaria, mediante la disposizione dell'art. 547 del codice di procedura civile. Certamente, se pendente il giudizio intervenga l'interpretazione autentica della disposizione di legge la cui applicazione dà luogo alla controversia, i giudici nel pronunciare la decisione dovranno seguire questa interpretazione divenuta oramai obbligatoria per tutti, anche relativamente ai casi verificatisi nell'intervallo posteriore alla legge interpretata. Ciò avverrà in forza appunto di quella obbligatorietà generale, e della retroattività che è insita in un atto qual è quello della interpretazione, avente carattere non dispositivo, ma meramente *dichiarativo* della legge interpretata, colla quale perciò viene ad identificarsi. Ma sarà sempre il giudice che pronuncierà la decisione della controversia, non il potere legislativo, il quale non ha mai da occuparsi degl'interessi puramente privati.

Un'ultima avvertenza ci resta a fare; sulla necessità di evitare ogni confusione tra un atto di vera e semplice interpretazione legislativa, ed una legge nuova, la quale ne modifichi altra precedente sul medesimo oggetto, o qualche cosa vi aggiunga riparando ad una omissione che vi fosse incorsa. Non sarebbe difficile scambiare l'una coll'altra

di queste specie di atti legislativi, i quali però è di grandissimo interesse il tenere accuratamente distinti; perchè mentre la legge semplicemente interpretativa abbraccia anche il passato, cioè i casi non ancora definitivamente decisi, nè transatti, ai quali la legge interpretata è applicabile, e che si sono verificati nell'intervallo fra essa e la legge interpretativa, una legge nuova, invece, non potrebbe avere efficacia che per l'avvenire (art. 2 delle disposizioni premesse al codice civile); talchè riguardandosi come solamente interpretativa quella che fosse veramente una legge nuova, le si verrebbe ad attribuire una retroattività ingiusta, che potrebbe perturbare gravemente molti importanti interessi.

Ma come riconoscere però in pratica se si tratti veramente di legge nuova, o solamente interpretativa? Tutto dipende, anche quanto a ciò, dalla volontà del legislatore; il quale, come potrebbe eccezionalmente, per motivi specialissimi, derogare al principio della irretroattività delle leggi, così può attribuire caratteri ed effetti di semplice interpretazione d'una legge anteriore ad una disposizione, che veramente modifichi quella in qualche parte o vi aggiunga.

Pertanto, anche per determinare se sia una semplice legge interpretativa, od una legge nuova, che il legislatore abbia inteso di fare, bisognerà ricorrere alle norme generali, esaminando le parole e consultando lo spirito ed i motivi dell'atto legislativo: avvertendo però che, sia perchè solamente in rari casi di eccezione può indursi il legislatore ad emanare interpretazioni autentiche di leggi anteriori, sia perchè il ritenere che una legge sia puramente interpretativa ha per effetto di sottrarla al principio fondamentale della irretroattività, sarebbe indispensabile che il carattere di una interpretazione autentica risultasse chiarissimamente dimostrato, ed ogni dubbio che rimanesse dovrebbe far considerare come legge nuova la disposizione di cui si trattasse.

133. Nell'art. 3 delle disposizioni premesse al nostro codice civile si vollero proclamare i principii fondamentali da osservarsi nella interpretazione ed applicazione delle leggi. Sono norme generali, che il legislatore dà ai cittadini ed ai giureconsulti, ed impone ai magistrati, nei termini seguenti:

" Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro " senso che quello fatto palese dal proprio significato " delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla " intenzione del legislatore. Qualora una controversia non " si possa decidere con una precisa disposizione di legge, " si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi si- " mili o materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia " dubbio, si deciderà secondo i principii generali di " diritto ".

Nella sostanza, salvo qualche differenza di redazione, queste disposizioni corrispondono a quelle degli art. 14 e 15 del codice albertino, 5 e 6 del progetto di codice modificato dalla Commissione Senatoria. La Sotto-Commissione, incaricata dalla Commissione di coordinamento di compilare un progetto per le disposizioni da premettersi al codice civile, aveva invece proposta una disposizione così concepita:

" Nell'applicare la legge non è lecito attribuirle altro " senso, se non quello che si desume dalla significazione " propria delle parole. In caso di ambiguità si ricercherà " l'intenzione del legislatore dalle disposizioni di legge " sopra casi o materie analoghe, e dall'applicazione dei " principii generali del diritto ".

I concetti, che la Sotto-Commissione avrebbe voluto far adottare, apparivano lucidamente: distinguere il caso di chiarezza della legge, da quello di oscurità od ambiguità; nel primo imporre assolutamente l'osservanza della legge secondo il suo senso naturale; nel secondo soltanto permettere le ricerche sulla intenzione del legislatore; indicare fra i mezzi, con cui questa intenzione

si potesse stabilire, anche gli argomenti di analogia; dichiarare, infine, che in mancanza di casi positivi di legge si dovessero applicare *i principii generali di diritto.*

Nella discussione della Commissione coordinatrice furono opposte molte obbiezioni, e si manifestarono opinioni diverse. Una delle quali era per la completa omissione d'ogni regola circa la interpretazione delle leggi, parendo che il dettarne fosse ufficio della dottrina, anzichè del legislatore, e che d'altra parte, nella impossibilità di formulare un sistema completo di regole per questo scopo, lo stabilirne poche potesse essere causa di difficoltà anzichè di vantaggio per la pratica. Singolari idee! Il legislatore, che impiega una serie non brevissima di articoli per regolare l'interpretazione dei contratti, dovrebbe poi riguardarsi fuor di posto a determinare coll'osservanza di quali norme debbano essere interpretate ed applicate le sue disposizioni; e perchè si assumerebbe un còmpito eccessivo volendo formarne un sistema completo, dovrebbe astenersi anche dal prescrivere quelle che reputa necessarie per impedire arbitrii dell'autorità giudiziaria, e per stabilire con quali mezzi essa debba provvedere alla decisione delle cause nelle quali non soccorrano disposizioni di leggi positive!

La proposta di *sopprimere ogni regola interpretativa* fu respinta a grande maggioranza.

Ma si fece non meno viva la discussione sul doversi adottare il progetto della Sotto-Commissione, o preferirgli gli articoli del progetto Senatorio, conformi sostanzialmente a quelli del codice Albertino. Insistevano i redattori del progetto della Sotto-Commissione nel sostenere che nell'applicare la legge è bensì sempre la volontà del legislatore che devesi osservare, ma questa volontà risulta appunto dalle parole con cui egli l'ha manifestata, e quando queste sono chiare è da applicarsi l'assioma “ *Ubi* “ *nulla ambiguitas verborum, non est facienda voluntatis quae-* “ *stio* „; che quindi allorchè la lettera della legge non

presenta alcuna oscurità nè ambiguità, non si deve ricorrere ad altro criterio per conoscere l'intenzione del legislatore; che una massima diversa aprirebbe l'adito agli arbitrii; che pertanto solamente in caso d'ambiguità della legge deve farsi luogo a ricorrere ad altri mezzi per determinare la volontà del legislatore non ben dichiarata nelle parole di lui, e quindi anche, occorrendo, ad argomenti di analogia da altre disposizioni legislative, e in ultimo, sussidiariamente, ai principii generali di diritto.

Rispondevano gli altri: il senso vero della legge non desumersi mai dalle sole parole; doversi sempre risalire alla mente del legislatore; l'*interpretazione logica* dover sempre concorrere colla *grammaticale;* la chiarezza d'una legge non essere che relativa, dipendendo dalla intelligenza di chi esamina il testo; colla regola proposta dalla Sotto-Commissione escludersi indirettamente l'interpretazione estensiva e la restrittiva.

Furono queste in riassunto le ragioni addotte dall'una e dall'altra parte. La maggioranza della Commissione adottò il partito di sostituire, in massima, all'articolo proposto dalla Sotto-Commissione ciò che era disposto negli art. 14 e 15 del codice Albertino; che infatti corrispondono, come dicemmo, salvo qualche modificazione di pura forma, all'art. 3 delle disposizioni che vennero premesse al codice.

Nessuna osservazione fu fatta dalla Commissione coordinatrice relativamente all'ultima parte di detto articolo, in cui si dichiara che in mancanza di testi precisi di legge e di argomenti di analogia, le controversie debbono essere decise *secondo i principii generali di diritto.* Intorno a questo punto però era avvenuta un'ampia discussione in occasione della compilazione del codice Albertino. Nel progetto era stato detto che i casi dubbiosi dovessero essere decisi *secondo i principii del diritto naturale.* Il Senato di Piemonte, il Senato di Savoja, la Camera dei Conti opinarono che questa regola data ai giudici fosse troppo vaga ed incerta,

lasciando luogo a raccogliere le norme del decidere nel campo del disputabile. E chi proponeva di sostituire ai *principii del diritto naturale* quelli *del diritto comune*, o quelli *di ragione*; chi *i principii dell'equità*; chi *i principii di ragione naturale*. La Commissione ribattè queste obbiezioni, e sostenne la propria proposta; e il Ministro Guardasigilli osservò, che accennando ai *principii del diritto naturale* erasi inteso di designare *il complesso di quelle massime di sana morale che sono da tutti riconosciute*. Fu allora che venne proposto di dire doversi risolvere i casi che rimanessero dubbi *secondo i principii generali di diritto*; e così passò nel codice Albertino questa espressione, riprodotta poi senza ulteriori osservazioni nel codice attuale.

Da tutto questo ci sembra dunque potersi raccogliere, come risalendo all'origine storica di questa parte dell'art. 3° di cui parliamo, debba ritenersi — secondochè accennammo altra volta — che per *principii generali di diritto* siansi intesi *quelli che sono universalmente ammessi dalla scienza, nè vanno soggetti a controversie che li pongano seriamente in dubbio* (1).

L'esposizione che abbiamo sinora premessa somministra, se non erriamo, elementi abbastanza sicuri per determinare il vero spirito di questa disposizione tanto combattuta. Si è esclusa l'idea che per l'apparente chiarezza delle parole, in cui sia formulata una disposizione di legge, debba essere assolutamente vietato all'interprete di darle un senso diverso, qualora questo risulti dal confronto con altre disposizioni di legge o con altre parti della medesima legge, o risulti dalla manifesta intenzione del legislatore. Non sono alcune parole isolatamente prese, ma è tutto il contesto del discorso del legislatore intorno ad un determinato oggetto, che può rivelare il vero intendimento di lui. Perciò l'articolo dichiara doversi attribuire ad una legge il senso fatto palese *dal proprio significato delle parole se-*

(1) V. sopra, n. 5, p. 13-17.

condo la connessione di esse. D'altra parte le parole non sono che il mezzo con cui dal legislatore viene manifestata la sua volontà; e se per caso l'abbiano riprodotta inesattamente, e la vera intenzione di lui risulti chiaramente in altro modo, è questa che dev'essere rispettata ed obbedita, non la formola mal rispondente al pensiero. L'interpretazione grammaticale e l'interpretazione logica non sono — come già avvertimmo — due specie veramente distinte, nel senso che ciascuna basti da sè a fissare in modo irrefragabile il vero senso d'una legge; ma sono semplicemente due mezzi, col concorso dei quali si può ottenere la determinazione del concetto del legislatore (1). Perciò l'articolo ci dice che il senso della legge è fatto palese " dal " proprio significato delle parole, secondo la connessione " di esse, *e dalla intenzione del legislatore* ". Certamente, se le parole in cui la legge è espressa siano chiare, nè ammettano alcuna ambiguità, alcun dubbio; e se d'altra parte nè dal rimanente contesto di quella stessa disposizione o da altre, nè dalla intenzione del legislatore in altro modo dimostrata, risulti manifestamente la discordanza di questa dalla formola letterale del testo; non può esser lecito all'interprete teorizzare sui motivi delle disposizioni, sotto il pretesto di approfondirne lo spirito, allo scopo di torcerne il senso naturale per adattarlo alle proprie convinzioni personali (2). Ma l'intenzione del legislatore è sempre elemento imprescindibile della interpretazione delle leggi, che da quella ricevono vita, non dalle parole, le quali sono semplicemente il mezzo con cui l'intenzione è manifestata; e perciò fu giustamente respinta la formola troppo assoluta dell'articolo proposto dalla Sotto-Commissione, che diceva *non potersi alla legge, nell'applicarla, attribuire altro senso, se non quello che si desume dalla significazione propria delle parole.*

---

(1) V. sopra, n. 131, p. 973, 974.
(2) V. sopra, n. 130, p. 968.

Tali sono i principii fondamentali, che in questo primo paragrafo dell'art. 3° si sono voluti stabilire allo scopo di guarentirsi contro possibili arbitrii delle autorità giudicanti.

Nel secondo paragrafo poi si sono preveduti i casi non infrequenti, in cui non si trovi una disposizione testuale che sia precisamente applicabile alla controversia; e si è allora autorizzato il giudice a ricorrere agli argomenti di analogia, conformemente alla massima " Ubi eadem est " ratio legis, ibi eadem est legis dispositio ".

In fine si è pure preveduto il caso che nemmeno l'analogia possa offrire soccorso per la risoluzione d'una controversia; e si è allora imposto al giudice di decidere *secondo i principii generali di diritto.*

134. Ben poco è necessario dire intorno alla *interpretazione grammaticale*. Se la formola in cui la legge è espressa, presenta un senso chiaro e completo, pel preciso significato delle parole impiegatevi, e per la perfetta costruzione della frase, non è il caso, evidentemente, di occuparsi d'una interpretazione grammaticale. Questa può occorrere solamente quando i termini usati dal legislatore essendo improprii, lascino luogo ad ambiguità, od incertezza intorno al vero senso che siasi voluto attribuirvi, o quando per viziosa costruzione della frase rimanga oscuro il pensiero che si volle con essa esprimere.

Per ciò che riguarda l'improprietà delle parole, allorchè ingeneri ambiguità, è regola doversi attenere piuttosto al significato tecnico, in cui il legislatore suole impiegarle, che al senso solito ad attribuirsi a quelle parole nel linguaggio volgare, od anche al significato rigoroso che avrebbero nella maggior purezza del linguaggio scientifico. Quale sia il significato tecnico, può risultare talvolta da una definizione data dal legislatore stesso; più frequentemente dal senso in cui esso ha impiegate quelle parole in altre disposizioni, e dalla tradizione.

Per quanto concerne poi la viziosa costruzione del

discorso, che perciò rimanga oscuro, non è più, ben s'intende, colla interpretazione grammaticale che si possa giungere a determinare il vero senso della legge; ma unicamente colla interpretazione logica, mediante la quale si determini quale sia stata la vera intenzione del legislatore non apparente in modo abbastanza chiaro dalla formola ch'egli ha usata.

Accade talora di dover attribuire alla letterale disposizione della legge un senso diverso da quello che risulterebbe dal significato naturale delle parole, avuto riguardo all'inutilità od incongruenza di cui rimarrebbe altrimenti viziata la disposizione stessa. Ma in questo caso pure è l'interpretazione logica, non la grammaticale, che aiuta a spiegare la legge.

135. L'interpretazione logica si propone, come insegna Savigny, di *ricostruire il pensiero del legislatore*. È ovvia quindi la necessità di risalire allo stato del diritto al tempo in cui la legge fu emanata; poichè da quello doveva necessariamente essere ispirato il pensiero di chi la dettava. Così l'elemento storico forma parte essenziale e fondamentale della interpretazione logica. In seguito, le idee che il legislatore ha concepite, gli scopi che si è proposto di conseguire, l'estensione che volle dare alla sua disposizione, possono risultare dai lavori con cui la legge fu preparata e dalle discussioni alle quali diede luogo. In un sistema di governo rappresentativo, quale abbiamo noi, l'interprete può trovare in quei lavori, in quelle discussioni fatte davanti alle Camere che votano le leggi, sussidi larghissimi ed ottimi, a condizione però di non abusarne; perchè certamente le idee e le opinioni manifestate da coloro che prepararono, che presentarono, che discussero un progetto, hanno un valore meramente individuale, tanto autorevole quanto lo è la persona per la scienza di cui si mostra fornita, tanto efficace quanto lo sono le ragioni a cui si appoggiano, ma non rappre-

sentano con sicurezza il pensiero del legislatore, essendo possibile che altri concetti abbiano veramente determinato il voto della maggioranza che approvò la legge.

L'indole stessa della disposizione da interpretarsi, e la natura dell'oggetto che si proponeva di regolare, somministrano mezzi efficaci per riconoscere il vero scopo della disposizione stessa, e i motivi che debbono averla determinata ne'suoi particolari.

Il ravvicinamento del testo, di cui si deve stabilire il senso, con altre disposizioni di legge nella stessa materia, od in materie analoghe, può pur servire a porre in chiaro i concetti e gl'intendimenti del legislatore in una disposizione, che considerata isolatamente rimarrebbe oscura od ambigua.

Conviene ancora considerare le conseguenze derivabili dall'applicazione della legge, secondochè venga intesa in un dato senso piuttostochè in un altro; essendo naturale presumere che il legislatore abbia voluto attribuirle quello che conduca a conseguenze giuste e conformi ai principii generali, non quello che la metta in contraddizione colle regole fondamentali di diritto, o con ciò che abbia stabilito in altre disposizioni, o che sia per produrre manifesta offesa alla giustizia ed alla equità. Per altro fu giustamente avvertito, quanto a ciò " che a questo mezzo d'interpretazione si deve ricorrere con molta riserva, e non considerarlo come decisivo fuorchè quando conduca ad escludere un'applicazione della legge che riuscirebbe a consacrare una manifesta ingiustizia, o che supporrebbe nel legislatore una flagrante inconseguenza „ (1). È chiaro infatti che procedendo con troppa facilità su questa via, di apprezzare le conseguenze buone o cattive di una disposizione di legge, e a norma di esse moderarne la interpretazione, il giureconsulto o il magistrato potrebbero arrivare senza gravi ostacoli a sostituirsi al legislatore, non interpretandone, ma riformandone le disposizioni.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 40, ed. 4ª, p. 130.

In fine sussidi importantissimi può trovare l'interprete nelle dottrine degli scrittori e nella giurisprudenza dei tribunali. Anche di questi però dev'essere usato con circospezione, e sfuggendo la servilità. Non vi è autorità di scienziato, per quanto illustre, che dispensi dal sottometterne ad esame le opinioni; quasi ad ogni punto di diritto si trovano in conflitto gl'insegnamenti dei giureconsulti più insigni; e non è raro che un medesimo autore receda più tardi da teorie che aveva prima professate colla maggior sicurezza, e confuti se stesso. La giurisprudenza merita senza dubbio il massimo rispetto. Essa è, che occupata quotidianamente nell'applicare le leggi ad una infinità di casi, ciascuno dei quali, per quanto simile ad altri, raro è che in qualche punto non ne differisca, come presentano sempre diversità tra loro le fisionomie degli uomini, ha occasione di esaminare sotto ogni aspetto le leggi in tutta la varietà delle loro pratiche applicazioni, e di approfondirne quindi tutta la portata, rilevarne e segnalarne occorrendo i difetti; essa è che più di tutti contribuisce al progressivo svolgimento del diritto. Ma dal rispettare al seguir ciecamente, la distanza è molta. Dottrina e giurisprudenza partecipano ugualmente della fallibilità che è propria della natura umana; e ne abbiamo pur troppo sotto gli occhi ogni giorno le prove più evidenti. Gl'interpreti debbon chiedere alla dottrina ed alla giurisprudenza lumi per rischiarare i loro giudizi, non precetti a cui obbedire. La legge sola comanda, e dev'essere obbedita ancorchè sia frutto d'un errore di chi la emana.

Ciò che abbiam detto della interpretazione logica è veramente molto generico; nè crediamo potersi ridurre ad un sistema completo di speciali regole determinate e sicure ciò che per essa debbasi operare. “ L'interpretazione “ delle leggi — ha detto un autore — è un'opera di ra- “ gionamento e di logica, ma non meno di discernimento “ e buon senso, di saggezza e di esperienza. L'interpreta- “ zione delle leggi è la scienza stessa tutta intera; è il

" grande e difficile problema, la cui conoscenza rende il " giureconsulto veramente degno di questo nome „ (1).

136. Per la interpretazione logica semplicemente *dichiarativa*, non si hanno altre norme fuorchè quelle generali che indicammo nel numero precedente. Ma relativamente alla interpretazione *estensiva* e *restrittiva*, la tradizione giuridica ci ha date alcune regole particolari, che in forma di aforismi sono frequentemente invocate, ma delle quali è importante fissar bene il senso e la estensione, acciocchè non avvenga di abusarne.

La interpretazione *estensiva* ha base nel principio che la legge è applicabile a qualunque caso compreso nel concetto giuridico di essa, secondo lo spirito da cui è informata, ancorchè un tal caso non sia letteralmente espresso nella disposizione. " *Ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est legis* " *dispositio* „.

Questa massima è giustificata, sia dalla impossibilità che in una legge umana siano previsti tutti i casi contingibili a cui essa possa estendersi, sia dalla ragionevolezza di ritenere che il legislatore abbia avuto identico concetto giuridico ed identica volontà per tutti i casi in cui pari motivi richiedano uguali disposizioni. Da ciò segue che se una legge enumeri casi compresi nella sua disposizione, si debba in generale considerare come semplicemente *dimostrativa* questa enumerazione, salvo che ai casi espressi si restringano realmente i motivi della disposizione stessa.

Ad una tal massima potrebbero sembrare opponibili gli aforismi: " *Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit* — *Inclusione unius fit exclusio alterius* — *Qui dicit de uno* " *negat de altero* „. Ma la contraddizione è soltanto apparente; perchè quegli aforismi non hanno applicazione, come vedremo appresso, che in materia di *disposizioni eccezionali*. Al solo legislatore spettando di fare eccezioni alle

(1) V. Demolombe, t. I, n. 116.

regole da lui stabilite, nè quindi potendosi colla interpretazione estendere simili eccezioni, perchè con ciò si farebbero nuove derogazioni ad una norma legislativa, sostituendosi così arbitrariamente al legislatore stesso: ne deriva che se facendo una disposizione eccezionale egli abbia indicati i casi ai quali intende di applicarla, gli altri casi non espressi, quantunque simili, debbano rimanere soggetti alla regola generale. Quando invece si tratti, non di disposizioni eccezionali, ma di regole generali, quand'anche il testo legislativo accenni casi di applicazione di queste, è naturale intendere che tale accenno sia stato fatto solo a modo di esempio, e che del resto la regola generale debba estendersi, secondo la mente del legislatore, a tutti i casi nei quali si verifichino i motivi della disposizione di lui.

Pertanto la enumerazione fatta in una legge dei casi soggetti alla sua disposizione non può riguardarsi come *tassativa* — cioè escludente ogni altro caso, che non sia fra i contemplati espressamente — fuorchè quando così sia stato dichiarato esplicitamente nella legge medesima, o il motivo di questa si restringa realmente ai casi espressi, o la disposizione abbia il carattere di eccezionale.

Della interpretazione *restrittiva* è base il principio che una disposizione legislativa non può essere applicata ai casi, i quali, quantunque sembrino compresi nel suo testo, siano però esclusi dal suo spirito: " *Cessante ratione legis,* " *cessat ejus dispositio* „. Non si darebbe effetto alla vera volontà del legislatore, ma si verrebbe a sagrificarla alla materialità della formola della disposizione, col farne applicazioni che sorpassassero evidentemente lo scopo e si trovassero in manifesta opposizione coi motivi della disposizione stessa.

Questa massima però non potrebbe essere seguita qualora non si trattasse di casi particolari, che potessero dirsi compresi nella formola letterale della legge, senzachè però vi si estendesse lo spirito di essa; ma si trattasse invece

d'introdurre una distinzione fra categorie di casi ugualmente abbracciate dalla generalità d'una disposizione legislativa. Tale distinzione apporterebbe allora una vera limitazione a questa disposizione, contro la volontà e in offesa del potere del legislatore. In questo senso è l'assioma di diritto: “ *Ubi lex non distinguit, nec interpretis est di-* “ *stinguere* „.

Per altro, nota un autore, che questo assioma “ dev'es- “ sere inteso con una riserva. Per qual ragione *l'interprete* “ *non può distinguere?* Perchè il legislatore, nello stabilire “ una regola generale, manifesta la volontà che venga ap- “ plicata senz'alcuna limitazione. Ma *s'egli abbia posta* “ *un'altra regola, la quale imponga di limitare questa disposi-* “ *zione generale, allora l'interprete può e deve distinguere* „. E cita l'esempio dell'articolo 1384 del codice francese — a cui corrisponde il 1153 del codice nostro — dove il padre o la madre sono dichiarati responsabili *pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi*. Or non ostante la generalità di questa disposizione, bisogna distinguere, eccettuando il caso in cui il figlio convivente col genitore sia bensì minore di età, ma *emancipato;* perchè in virtù d'altra disposizione di legge l'emancipazione libera il minore dalla patria podestà, ed è questa sola che insieme al diritto e dovere di sorveglianza sul figlio arreca al genitore la responsabilità pei danni che il figlio stesso cagioni ad altri (1).

137. Il nostro legislatore ha opportunamente rilevata la distinzione che è da farsi tra la vera e propria interpretazione d'una disposizione di legge, e il mezzo che se ne tragga per decidere qualche controversia relativa ad un caso che nè da quella nè da altra disposizione legislativa sia precisamente contemplato.

Nel § 2° dell'art. 3° più volte ricordato è detto infatti

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 278.

che “ *Qualora una controversia non si possa decidere con* “ *una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo* alle “ disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe „. *Si avrà riguardo* a queste disposizioni, nella necessità in cui si è pure di risolvere la controversia quantunque non si possa deciderla *con nessuna precisa disposizione di legge;* non già che le disposizioni le quali regolano soltanto casi simili o materie analoghe siano da interpretarsi come comprendenti anche quel caso, che ad esse è veramente estraneo.

Il principio che in mancanza d'un testo di legge precisamente applicabile sia da ricorrersi per analogia a quelle disposizioni che regolino altri casi simili, nei quali sia identica la ragione del decidere, è del resto antico, e il diritto romano lo proclamava espressamente:

“ Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus “ aut Senatus-consultis comprehendi; *sed cum in aliqua* “ *causa sententia eorum manifesta est, is qui juridictioni* “ *praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet* „ (Legge 12, ff. *De legibus*).

Affinchè però l'analogia sia invocabile, è necessario che tra il caso formante oggetto di controversia e quello contemplato nella disposizione legislativa, a cui si avrebbe riguardo, siavi identità di motivi per la decisione. È appunto questa identità di motivi, che giustifica l'argomentazione di analogia; essendo naturale il presumere che se il legislatore avesse espressamente contemplato il caso controverso, lo avrebbe regolato identicamente all'altro, nel quale vi erano le stesse ragioni. Anche qui si può ripetere in questo senso che “ *Ubi eadem est ratio legis, ibi eadem est* “ *legis dispositio* „.

Ma l'argomento di analogia non vale per rendere osservabile in un caso controverso disposizioni che il legislatore abbia dettato bensì per casi simili, ma facendo eccezione a regole generali. Per quanto la eccezione sia fondata in ragione, non meno della regola a cui fu apposta, questa però conserva tutto il suo vigore, per la volontà del legislatore,

in tutto ciò ch'egli stesso non le abbia espressamente sottratto colla eccezione. " *Exceptio firmat regulam in casibus " non exceptis* „. Ond'è impossibile render comune la eccezione ad altri casi dal legislatore non contemplati; i quali casi verrebbero a costituire nuove derogazioni alla regola generale contro la volontà del legislatore stesso. " *Exceptio " est strictissimae interpretationis* „.

Nessuna disposizione che formi eccezione ad una regola generale può dunque mai essere invocata per analogia nella decisione d'una controversia (1). Se qualche dubbio ha potuto sorgere intorno a questo punto nel diritto francese, nessuno n'è più lecito per noi; dappoichè nell'art. 4 delle disposizioni premesse al codice civile fu dichiarato:

" *Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio " dei diritti, o formano eccezioni alle regole generali o ad altre " leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi* „.

Avviene talvolta che da ciò che il legislatore dispone per un caso determinato si deduca il contrario per altri casi. È quello che la scuola dice argomento *a contrario sensu;* e che qualche autore rifiuta considerandolo come *tratto dal solo silenzio della legge*, ed osservando che *il silenzio del legislatore, per sè stesso, non prova nulla, perchè il silenzio non parla* (2). Ci sembra per altro che siavi un equivoco in questo modo di considerare la questione. L'argomento *a contrario sensu* non si desume — come risulta da questa stessa espressione — dal solo silenzio della legge; ma da ciò ch'essa ha disposto per un caso si deduce il contrario per un caso opposto o diverso. Ora, che di un tal modo di argomentazione sia da usarsi con molto riserbo non è da negarsi, perchè la induzione potrebb'essere non di rado fallace; ma non sembra per questo da escluderlo assolutamente. Anzi vi sono casi nei quali i principii comuni di diritto lo dimostrano indubbiamente ammissibile. Quando, per esempio, la legge fa

(1) V. Laurent, t. I, n. 277.
(2) V. Laurent, t. I, n. 279.

una disposizione di eccezione alle regole generali da essa stabilite, ed enumera i casi ai quali quella eccezione dovrà essere applicata, non è contestabile che da ciò si potrà arguire colla massima sicurezza, doversi tutti i casi non espressamente assoggettati alla eccezione decidere secondo la regola generale. In questo senso sono gli aforismi, dei quali già parlammo nel numero precedente. " *Ubi lex voluit* " *(excipere) dixit, ubi noluit, tacuit. Inclusione unius, fit in-* " *clusio alterius. Qui dicit de uno, negat de altero* „.

Parimente quando il legislatore nega per una determinata ipotesi l'esercizio di una facoltà risultante dai principii generali di diritto ammessi dal legislatore stesso, è ovvio argomentarne che in ogni caso, in cui quella ipotesi precisamente non si verifichi, la facoltà predetta possa essere esercitata.

Gli argomenti *a majori ad minus, a minori ad majus*, differiscono da quelli di analogia solo in ciò, che i motivi delle disposizioni che si tratti di applicare siano ancora più gravi nei casi non contemplati.

L'argomento è *a majori ad minus*, quando le ragioni che si potrebbero opporre alla massima giuridica adottata dal legislatore sono più gravi nel caso espresso che in quello non contemplato; è *a minori ad majus*, quando nel caso non regolato espressamente concorrano, oltre a tutti i motivi che consigliarono alla massima adottata pel caso espresso, altri ancora coincidenti nel medesimo senso.

CAPO VI.

Dell'abrogazione delle leggi.

SOMMARIO. — 138. Principii generali intorno all'abrogazione delle leggi. — 139. Modi diversi di abrogazione. Principali regole che li riguardano. — 140. Abrogazione tacita per incompatibilità delle nuove disposizioni colle precedenti. — 141. Abrogazione tacita per una nuova legge che regoli intieramente la materia già regolata dalla legge anteriore.

138. Una legge può cessare di avere efficacia totalmente od in parte soltanto. Nel primo caso l'atto pel quale

si toglie forza alla legge preesistente dicesi *abrogazione;* nel secondo *derogazione.* " *Lex rogatur* dum fertur. *De-* " *rogatur* legi cum pars detrahitur, *abrogatur* legi cum " prorsus tollitur „ (L. 102, ff. *De verb. signif.*).

L'autorità di far cessare la virtù obbligatoria delle leggi non può spettare che al potere stesso legislativo, dal quale emanano. Ad esso solo appartiene il dettare, nell'interesse del corpo sociale, le norme a cui debbono uniformarsi le azioni dei cittadini; e finchè esso reputi opportuno di mantenere in vigore quelle norme, tutti debbono rispettarle, nè alcuno potrebbe in verun modo privarle di efficacia senza offendere non solo, ma distruggere la podestà del legislatore. Per altro i bisogni dei popoli sono variabili, il diritto stesso è progressivo, e quelle norme che convennero alle condizioni della società in un tempo, possono divenire intollerabili in un altro, od almeno richiedere temperamenti e modificazioni. L'autorità legislativa può dunque con una nuova manifestazione della sua volontà, nei modi e colle forme stabilite, abrogare una legge sostituendogliene un'altra, ovvero apportarvi modificazioni, secondochè le circostanze richiedano. La presunzione di giustizia e d'utilità generale starà allora per la nuova legge, come stava prima per la preesistente; e lo stesso principio che dava forza a questa, la darà a quella.

La massima che al solo potere legislativo spetti il diritto di abrogare le leggi è stata proclamata con dichiarazione solenne nell'art. 5 delle disposizioni premesse al nostro codice: " Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori „. Colla consacrazione di questo principio fondamentale si volle assicurare la stabilità e l'uniformità delle norme legislative, escludendo la possibilità che ne sia distrutta o scemata l'efficacia per qualunque altra causa, che non sia la volontà del legislatore manifestata col mezzo di una nuova legge.

La cessazione dell'autorità da cui la legge è emanata, per mutamenti politici interni, per conquista, o per qual-

siasi altra cagione, non potrebbe da sè sola essere sufficiente per togliere efficacia alla legge stessa.

Le consuetudini contrarie alle leggi, o le dissuetudini, neppure possono nel sistema legislativo nostro, e secondo la espressa dichiarazione dell'articolo 5 precitato, avere efficacia di abrogazione o derogazione delle leggi medesime. Intorno a ciò abbiamo già riferite altra volta alcune autorevoli opinioni in senso opposto, ma nel tempo stesso abbiamo dimostrato le ragioni per le quali ci sembra evidente non potersi accoglierle (1).

Nemmeno può riguardarsi come sufficiente a togliere forza obbligatoria ad una legge il cessare dei motivi sui quali la disposizione di essa era fondata. Ogni legge trae la sua virtù di obbligare perpetuamente dalla sanzione del legislatore, indipendentemente dalla persistenza di quelle ragioni speciali che l'abbiano motivata. D'altra parte l'essere cessati i motivi apparenti d'una disposizione di legge, non esclude la possibilità che vi siano altre ragioni dalle quali sia giustificato il mantenerla in vigore. Ora su di ciò al solo legislatore spetta il pronunciarsi; e lasciando in facoltà delle autorità giudiziarie il decidere se o no esistano ancora motivi bastanti per doversi osservare una data disposizione di legge, si darebbe manifestamente a quell'autorità un'attribuzione che dev'essere essenzialmente riservata al potere legislativo. La massima " *cessante ratione* " *legis, cessat ejus dispositio* „ perfettamente giusta ed osservabile allorchè si tratta soltanto di limitare colla *interpretazione restrittiva* l'applicazione di una legge ai soli casi veramente compresi nel suo spirito, mentre la generalità della lettera di essa si estenderebbe ad altri casi ancora (2), non può invece essere invocata rettamente in materia di abrogazione (3). Alcuni autori hanno considerata la cessazione dei motivi della legge come causa possibile di ab-

(1) V. sopra, n. 29, p. 109 e seg.
(2) V. sopra, n. 136, p. 989.
(3) V. DEMOLOMBE, t. I, 129; AUBRY e RAU, t. 1, § 29, nª 3.

rogazione, sotto un altro aspetto, contemplando il caso di *cessazione completa di quell'ordine speciale di cose pel quale soltanto una data legge sia stata emanata* (1).

" L'abrogazione è anche tacita — han detto essi — *al-*
" *lorchè l'ordine di cose, pel quale la legge era stata fatta,*
" *non esiste più,* e in conseguenza mancano i motivi pei
" quali la legge medesima era stata dettata. *Ratione legis*
" *omnino cessante, cessat lex* „.

Come si vede però, la cessazione dei motivi della legge non è qui considerata quale causa per sè stante dell'abrogazione, bensì unicamente quale conseguenza dell'abolizione di quell'ordine di cose pel quale una data disposizione era stabilita. Ed allora si comprende potersi ammettere l'abrogazione tacita di quella disposizione; non però semplicemente per la cessazione dei motivi su cui era fondata, ma per la volontà tacitamente manifestata dal legislatore. Il quale, coll'abolire l'ordine di cose, da cui quella disposizione dipendeva, l'ha resa incompatibile col nuovo ordine stabilito; talchè si verifica propriamente un'abrogazione tacita, per incompatibilità dell' antica disposizione colle nuove instauranti un ordinamento generale diverso da quello che preesisteva. Ma in simili casi, per poter ritenere avvenuta l'abrogazione tacita, sarà indispensabile che la disposizione speciale di cui si tratti sia così intimamente connessa coll'ordine di cose abolito, da doversi considerare come parte integrante di esso, e da non poter quindi sussistere più dopo la cessazione di quello.

Così, per esempio, supposto che venisse mutato l'ordinamento giudiziario, quelle disposizioni di procedura di cui nel nuovo ordinamento divenisse impossibile l'esecuzione, s'intenderebbero necessariamente colpite di abrogazione tacita. Ma quelle che tuttavia potessero essere eseguite conserverebbero il loro vigore, se il legislatore non

---

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *Tribunal d'appel*, § 3; Toullier, t. I, n. 153.

le avesse espressamente abrogate; senzachè fosse lecito argomentare in contrario dalla considerazione che tali disposizioni non concordassero più collo spirito del nuovo sistema, perchè intorno a ciò spetta al legislatore il pronunciarsi, non all'autorità incaricata soltanto di applicare le disposizioni da lui emanate.

139. Non ostante il principio proclamato nell'art. 5, secondo cui *le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori*, non è però necessario che in queste ultime sia letteralmente dichiarata tale abrogazione. La volontà del legislatore di operarla, può risultare anche solo implicitamente dalla legge posteriore, e nondimeno avere identico effetto; giacchè la volontà ha la stessa forza, sia che venga manifestata in modo espresso o tacito, ed anche in quest'ultimo caso è sempre un atto legislativo che ne distrugge un altro. Quindi la distinzione tra *abrogazione espressa* e *tacita;* distinzione affermata anche dallo stesso art. 5, ov'è detto che le leggi posteriori possono abrogare le anteriori " *per dichiarazione espressa* del legislatore, o *per incompatibilità* " delle nuove disposizioni colle precedenti, o *perchè la* " *nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge* " *anteriore* „.

Vi è dunque *abrogazione espressa* quando questa è letteralmente pronunciata nella legge posteriore; sia poi *con termini generali*, come quando in una disposizione finale si dichiarano abrogate tutte le disposizioni contrarie a quelle della nuova legge; sia ancora con termini *particolari*, quando si dichiarano abrogate nominatamente determinate leggi anteriori. Nè importa poi la forma della espressione. O sia usata la precisa parola, *abrogazione*, o sia detto che la legge anteriore è *abolita*, o *revocata*, o che *cessa di avere effetto*, o di avere vigore, o qualunque altra formola equipollente siasi adoperata, l'abrogazione è sempre *espressa;* dappoichè la volontà del legislatore di privare di efficacia la legge anteriore è manifestata esplicitamente, colle parole.

Non è infrequente il trovare inserita in una legge la dichiarazione suaccennata, che *sono abrogate tutte le disposizioni delle leggi anteriori contrarie alla presente*. Altre volte invece è detto *mantenersi in vigore le disposizioni delle leggi anteriori per tutto ciò che non è contrario alla presente*. Sono dichiarazioni, l'una e l'altra, superflue, perchè nulla mutano a ciò che avverrebbe secondo le regole dell'abrogazione tacita, risultanti pure dall'art. 5 delle disposizioni premesse al codice civile, ancorchè non fossero fatte codeste dichiarazioni; le quali d'altronde non hanno neppure il vantaggio di toglier di mezzo qualche difficoltà, giacchè lasciano sempre nel campo del disputabile quali siano le disposizioni delle leggi anteriori che debbano riguardarsi come *contrarie alla presente*, e quali no. La prima delle surriferite dichiarazioni non fa che trasformare in *espressa* quella medesima abrogazione, che sarebbe *tacita*, a senso dell'articolo 5; la seconda non può avere altro effetto se non quello di prevenire il dubbio che la nuova legge fosse da considerarsi come regolante l'intera materia già regolata dalla legge anteriore, cosicchè, a norma dell'art. 5, tutte le disposizioni di quest'ultima avessero a ritenersi abrogate, dichiarando in contrario che le sole speciali disposizioni della legge precedente, incompatibili con altre speciali disposizioni della nuova, cesseranno di aver vigore.

Vi è *abrogazione tacita* quando il contenuto stesso della legge posteriore dimostra indubbiamente la volontà, quantunque non dichiarata esplicitamente dal legislatore, di privare di efficacia una legge precedente. E ciò può avvenire in due modi tassativamente determinati nel surriferito art. 5, cioè:

1° per incompatibilità delle nuove disposizioni colle anteriori;

2° perchè la nuova legge regoli l'intera materia già regolata dalla legge precedente.

Abbiam detto che la determinazione di questi due modi di abrogazione tacita deve considerarsi come *tassativa*, e

ciò sembra evidente. Col fermare la massima proclamata nel detto articolo 5, il legislatore si propose lo scopo di assicurare la stabilità delle leggi, impedendo che potessero essere private di efficacia altrimenti che per volontà sua manifestata in modi determinati. A questo scopo sarebbe contrario l'ammettere che la volontà del legislatore di abrogare una legge potesse essere ritenuta dalle autorità giudicanti in base ad altri mezzi d'induzione, diversi da quelle cause di abrogazione tacita che il legislatore stesso ha indicate. D'altronde abbiamo già dimostrata l'inammissibilità di altre cause speciali di abrogazione tacita immaginate da alcuni autori, come la consuetudine contraria alla legge, o la dissuetudine, e la cessazione dei motivi sui quali la legge era fondata.

140. Indicando come causa di abrogazione tacita la *incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti*, il legislatore volle indubbiamente riferirsi ad una incompatibilità assoluta — *formale*, come dicono — o in altre parole alla impossibilità di applicare contemporaneamente ad un determinato rapporto giuridico la legge antica e la nuova. Se tale impossibilità non sussistesse, non potrebbe servire di pretesto, per ritenere abrogata la legge anteriore, l'addurre ch'essa non fosse conciliabile collo *spirito* della legge nuova. Spettava al legislatore, qualora avesse riconosciuta questa opposizione di concetti fondamentali tra le due leggi, il pronunciare espressamente l'abrogazione dell'antica. Ma s'egli non lo ha fatto, non può esser lecito a chi applica le leggi di sostituire il proprio al giudizio del legislatore, e negar vigore ad una disposizione a cui egli non lo ha tolto, solo perchè sembri all'interprete stesso che quella disposizione mal si concilii collo spirito delle leggi nuove. Ammettendo ciò, si potrebbe andare molto lontano nella via dell'arbitrio; e lo scopo dell'art. 5, con cui si volle rigorosamente vietare di ritenere abrogata una legge, se non in forza d' altra legge, e in uno dei due modi ivi stabiliti,

quello scopo sarebbe manifestamente frustrato. Al contrario l'interprete deve accuratamente esaminare se sia possibile conciliare le due leggi, tra le quali apparisca l'incompatibilità; e solo quando non sia possibile toglier questa mediante una interpretazione ragionevole, che le renda entrambe applicabili, deve ritenere abrogata la legge anteriore.

In questo senso deve dunque essere intesa la massima " *Lex posterior derogat priori* „ (L. 4, ff. *De const. princ.*). Ma in due leggi di tempi diversi si contengono spesso molte disposizioni, tra alcune delle quali soltanto si verifica quella *incompatibilità formale* di cui abbiamo parlato. A queste sole deve allora limitarsi l'abrogazione tacita, perchè unicamente rispetto ad esse il legislatore, dettando norme incompatibili con altre stabilite precedentemente, ha dimostrato la volontà di abrogare queste ultime. Le disposizioni della legge anteriore non contrarie alle nuove sono reputate, secondo la mente del legislatore, far parte di queste ed esservi sottintese: " *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint* „ (L. 28, ff. *De legibus*) (1). S'intende però che l'abrogazione tacita d'una disposizione dell'antica legge, come contraria ad altra della nuova, deve trar seco necessariamente eziandio l'abrogazione di tutte quelle altre che siano conseguenze della prima e ne dipendano (2).

Seguendo queste norme è facile determinare quando, nei diversi casi, debba ritenersi verificata l'abrogazione tacita per incompatibilità di leggi.

Si trovano a fronte *due leggi generali* emanate in tempi diversi? L'anteriore non può essere tacitamente abrogata dalla posteriore, se non *quando sia identica la materia* regolata dall'una e dall'altra in modi inconciliabili. Sono invece *due leggi speciali?* La posteriore abrogherà l'anteriore *quando sia identico il rapporto giuridico* regolato da esse in modi l'uno dei quali sia incompatibile coll'altro.

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 154-156; Duranton, t. I, n. 106; Zachariæ, t. I, § 29, nª 1; Demolombe, t. I, n. 126; Aubry e Rau, t. I, § 29, nª 5.

(2) Zachariæ, l. c., nª 4; Aubry e Rau, l. c., nª 6.

È *generale la legge anteriore*, e *speciale la posteriore?* Questa derogherà a quella nelle sole parti inconciliabili colla legge nuova.

È *speciale la legge anteriore*, e *generale la posteriore?* Di regola non vi sarà abrogazione tacita; perchè è conciliabile l'efficacia contemporanea sì dell'una che dell'altra legge, applicando la prima al caso speciale in essa contemplato, come eccezione alla regola generale stabilita per gli altri casi nella seconda legge. “ *Legi speciali per generalem non abrogatur* „. Ciò però non può intendersi che sotto riserva pel caso in cui dalla stessa nuova legge, per l'oggetto e per lo spirito di essa, risulti chiaramente la volontà del legislatore di abrogare la legge speciale anteriore (1).

141. L'ultima parte dell'articolo 5, delle disposizioni premesse al nostro codice, la quale contempla — come abbiamo veduto — un secondo caso di abrogazione tacita, potrebbe a rigore, e stando alle parole in cui è espressa, essere considerata come una semplice conseguenza ed applicazione della regola precedente, che stabilisce risultare l'abrogazione tacita d'una disposizione di legge dalla incompatibilità di essa con altra disposizione nuova. Infatti, supponendosi che si tratti *d'una nuova legge, la quale regoli l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*, e quindi di due *leggi ugualmente generali sulla identica materia*, è chiaro per ciò stesso — come dicevamo nel numero precedente — che l'antica legge è abrogata dalla nuova come *formalmente incompatibile* con essa, perchè è impossibile applicare contemporaneamente nella stessa materia norme contrarie o diverse.

Ma appunto perchè trattasi, in ipotesi, di *leggi generali*, è pur supponibile che nella legge anteriore si contengano disposizioni particolari nelle quali non siavi incompatibilità con alcuna altra disposizione particolare della legge

(1) V. Merlin, *Rep.*, v° *Loi*, § 9, n° 3; Zachariæ, t. I, § 29, n° 3; Demolombe, t. I, n. 127; Aubry e Rau, t. I, § 29, n° 7.

nuova. Conserveranno allora quelle la loro efficacia? Tale è il quesito, a cui si è voluto rispondere colla disposizione di cui parliamo; e fu risolto nel senso della completa abrogazione della legge anteriore. L'applicazione dei soli principii generali non avrebbe forse bastato per stabilire una massima simile; perchè quando due leggi emanate in diversi tempi, e contenenti varie disposizioni, siano incompatibili in alcuni punti soltanto, a questi deve restringersi l'abrogazione tacita, seguendo per gli altri punti, in cui vi è conciliabilità, la massima “ *Posteriores leges* “ *ad priores pertinent* „ come abbiamo veduto nel numero precedente. Però tra due leggi generali, che hanno regolata diversamente la stessa materia intera, la incompatibilità esiste nei principii stessi che servon loro di fondamento, e si diffonde quindi molto facilmente anche nelle disposizioni particolari che di quelle leggi facciano parte. Potrebbe produrre inconvenienti gravissimi, e deplorabili confusioni il riunire le disposizioni delle due leggi e fonderle in una, alterando così l'unità e l'armonia della legge nuova, mischiandovi disposizioni ispirate a principii diversi, forse contrari. E se questa fusione era possibile ed utile, se alcune delle disposizioni dell'antica legge potevano essere conservate nella nuova, spettava al legislatore l'introdurvele, o il dichiarare quali delle disposizioni della vecchia legge fossero mantenute in vigore. S'egli nulla ha fatto di ciò, è da presumersi che, secondo la intenzione di lui, l'intera materia, che ha regolata colla legge nuova, debba essere soggetta unicamente a questa, tolto ogni vigore, anche in tutte le sue disposizioni particolari, alla legge anteriore. Questa teoria spiegata da alcuni autori, consacrata pure da qualche decisione della Corte di cassazione, e da qualche avviso del Consiglio di Stato in Francia, fu accolta dal nostro legislatore, traducendola nella disposizione finale dell'articolo 5 delle disposizioni preliminari.

FINE.

INDICE DEI CAPI E DEI SOMMARII

contenuti in questo Volume.

NOZIONI PRELIMINARI

Delle leggi e del diritto.

CAPO I.

Della formazione ed attivazione delle leggi.

CAPO II.

Dell'autorità delle leggi.

CAPO III.

Delle conseguenze derivanti dalla osservanza o dalla inosservanza delle leggi.

CAPO IV.

Dell'applicazione delle leggi.

CAPO V.

Dell'interpretazione delle leggi.

CAPO VI.

Dell'abrogazione delle leggi.

INDICE DEGLI ARTICOLI

SPIEGATI E CITATI IN QUESTO VOLUME

Disposizioni premesse al codice civile.

Codice civile.

Disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile.

INDICE ALFABETICO DELLE MATERIE